Die Teilungsanordnung des Erblassers nach heutigem Recht, unter Berücksichtigung des früheren (gemeinen und preußischen) Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Vorgelegt
von
Erich Tauber
Referendar aus Berlin

1932

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Prof. Dr. Fritz Pringsheim.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i Br.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

MEINEN ELTERN

Schrifttum.

v. Arndts, Zivilistische Schriften, II. Bd., Stuttgart 1873.

Berolzheimer in Leipziger Zeitschr. 1919 S. 358 ff.

Berolzheimer in Archiv für die Zivilistische Praxis 117. Bd. S. 404 ff.

v. Beseler, Georg, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2 Bd. I, Göttingen 1835.

Binder, Rechtsstellung des Erben, III. Bd. 1905.

v. Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts. VI. Bd. Berlin 1839.

Brettner, in Recht 1900 S. 224 ff.

v. Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten, 1850.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. 1899.

v. Bülow, Abhandlungen über einzelne Teile des römischen bürgerlichen Rechts. 1817.

Busch, in Zentralblatt für die Freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. VIII. S. 205.

van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel. Heidelberger Dissertation 1914.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. V, 1912.

David, Martin, Studien zur heredis institutio ex re certa. Leipzig 1930.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. III. Bd. 5. Aufl. 1897 (zit. Dernburg Pr.Pr.R.)

Dernburg, Pandekten, III. Bd. 5. Aufl., Berlin 1897 (zit. Dernburg Pand.).

Dernburg, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. V. 3. Aufl. (zit. Dernburg BGB.).

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1823.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. 8. Aufl. Berlin 1920.

Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, 1914.

Erdmann, Das Miterbenverhältnis des gemeinen Rechts, verglichen mit dem des BGB. 1898.

Euler, De testamento et divisione parentum inter liberos. Berliner Dissertation, 1820.

Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. IV, 3. Aufl. 1874.

Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, IV. Bd. 7. Aufl. Berlin 1897.

Frommhold, Erbrecht. 1900.

Glück, Erläuterung der Pandekten. VII. Bd. Erlangen 1792 ff.

Glück-Arndts, Erläuterung der Pandekten. 46. Bd.

Glück-Fein, Erläuterung der Pandekten. 44. und 45. Bd.

Glück-Mühlenbruch, Erläuterung der Pandekten. 35., 40. u. 42. Bd.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. III. Bd. 1843.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. I. Bd. Berlin 1903.

Haidlen-Mayer, Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und Württembergischen Landesrecht. 1912.

Hölder, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. 1881.

Höpfner, Kommentar über die Heineccius'schen Institutionen. 1798.

Kipp, Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz. 1927.

Kipp, Erbrecht. 8. Bearb. Marburg 1930. (zit. Kipp).

Koch, Das preußische Erbrecht. 1866 (zit. nach Seiten).

Koch, Kommentar zum allgemeinen Landrecht. 8. Aufl. (zit. nach §§).

Kohler, Gemeinschaften mit Zwangsteilung in Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 91. S. 311 ff.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1895.

Kreß, Die Erbengemeinschaft. 1903.

Kretzschmar, Die Natur des Prälegats. 1874.

Kretzschmar, Das Erbrecht. 1910. (Zit. Kretzschmar)

Kretzschmar, in Sächsisches Archiv. 1908. S. 153.

Kretzschmar, in Juristische Wochenschrift, 1914, S. 957.

Kuetgens, Das Vorausvermächtnis nach dem bürgerlichen Recht. Jenaer Diss. 1913.

Kunkel, in Zeitschrift der Savignystiftung. Rom. Abt. 51 S. 535 ff.

Leonhard, Franz, Erbrecht. 1912.

Leonhard, Franz, Besonderes Schuldrecht des BGB. in Bindings Handbuch. München und Leipzig 1931.

Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Rechts und des allgemeinen Landrechts. 1903.

Lafrenz, in Juristische Wochenschrift. 1903. S. 412.

Marcuse, Die Zuwendung eines Nachlaßgrundstückes unter Festsetzung des Uebernahmepreises durch Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung. Diss. 1919.

Motive, zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V.

Nathan, in Württembergische Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit. 1929. S. 33 ff.

Neuner, Die heredies institutio ex re certa. Gießen, 1853 .

Oertmann, Kommentar zum BGB. Bd. II, 5. Aufl. Berl. 1928.

Oertmann, in Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit. Bd. 15, S. 357.

Planck-Ritgen, Kommentar zum BGB. V. Bd. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1901.

Planck-Strohal, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1908.

Panck-Flad, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1930.

Protokolle, zum BGB. 5. u. 6. Bd.

Pringsheim, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils, Breslau 1910.

Pringsheim, in Juristische Wochenschrift. 1925. S. 359.

Pringsheim, in Jur. Wochenschr. 1930 S. 2916 ff.

Pringsheim, in Jur. Wochenschr. 1931. S. 2190, zu 3.

Rabel, Elterliche Teilung (Festschrift zur 49. Vers. deutscher Philologen und Schulmänner), Basel 1907.

Reichsgerichtsrätekommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erläut. von Reichsgerichtsräten. Bd. V, 6. Aufl. 1928.

Ritter, Ueber den Unterschied von Vermächtnis und Teilungsanordnung. Breslauer. Diss. 1927.

Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse. Jena 1897.

Schröder, De privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Jenaer Diss. 1819.

Schultzenstein, Max, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht. 1883.

Schwing, Zur Lehre von der heredis institutio ex re certa. Stralsund 1875.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts, in Festgabe für Koch, Berlin 1903.

Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. II. Bd. Berlin 1928.

Sintenis, Zivilrecht. III. Bd. 3. Aufl. 1869.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 2. Aufl. 1929.

v. Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. 9. Aufl. 1928.

Stedler, Die Teilungsanordnung. Greifswalder Diss. 1912.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12/13. Aufl. Tübingen 1926.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. V. 1. u. 2. Aufl., Berlin, 1878—1885.

Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. I und II, 3. Aufl. Berlin 1903/04.

Thibaut, System des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1834.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, Leipzig 1910.

Vangerow, Pandekten. Bd. II. Marburg u. Leipzig 1846.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 2. Aufl. 1930.

Weißler, Das Nachlaßverfahren. 2. Aufl. Bd. II.
Wertheim, Hedwig, Die rechtliche Natur einer letztwilligen Teilungsanordnung. Hamburger Diss. 1925.
Wilke-Reatz-Koffka, Kommentar zum BGB. Bd. V 1900 (zit. Wilke).
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. III. 1906.
Wolff Martin, in Gruchots Beiträgen. Bd. 67. S. 261.

Disposition.

§ 1.

Der Begriff der Teilungsanordnung im geltenden Recht.

I. Nach § 2048 BGB. kann ein Erblasser durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung seines Nachlasses treffen. Erste Voraussetzung für eine solche Auseinandersetzung ist eine Mehrheit von Erben. Denn nur innerhalb einer Gemeinschaft ist eine Auseinandersetzung begrifflich denkbar. Die Erbengemeinschaft als Grundlage unseres Aufbaues kann entweder kraft gesetzlicher Erbfolgeordnung bestehen oder kraft Verfügung von Todes wegen. — Subjekt der Teilungsanordnung kann jeder testierfähige Erblasser sein. Von der Teilungsanordnung betroffen sind die Miterben.

II. 1. Inhalt der Teilungsanordnung sind Bestimmungen über die Auseinandersetzung des Nachlasses. Eine Fülle solcher Bestimmungen läßt sich denken. Der Gesetzgeber hat gewisse Grundsätze für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft aufgestellt (§§ 2042 ff. in Verb. mit §§ 749 ff.), die im allgemeinen kein zwingendes Recht enthalten. Sie betreffen die Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten, den bei der Verwertung des Nachlasses einzuschlagenden Weg und schließlich die Verteilung der übriggebliebenen Aktiva.

Für die Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten gibt das Gesetz nur einen Rahmen: nach § 2046 Abs. 3 ist zu ihrer Berichtigung der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen. Der Erblasser kann diesen Rahmen dadurch ausfüllen, daß er die Versilberung bestimmter Nachlaßgegenstände zur Tilgung bestimmter Schulden anordnet. Er kann vorschreiben, daß die Verbindlichkeiten nicht „aus dem Nachlaß" zu berichtigen seien (§ 2046 Satz 1), sondern daß eine Nachlaßschuld von einem bestimmten Miterben, z. B. eine Hypothekenschuld von dem Miterben, der bei der Auseinandersetzung das belastete Grundstück erhält, zu bezahlen sei [1]). —

Der bei der Verwertung des Nachlasses einzuschlagende Weg ist vom Gesetzgeber sehr detailliert geregelt (§ 2042 in Verb. mit

[1]) Eine solche Anordnung läßt zwar die Haftung der übrigen Miterben gegenüber dem Gläubiger unberührt, aber sie verpflichtet den betroffenen, jene davon durch Schuldübernahme oder Schuldtilgung zu befreien.

§§ 752 ff): der Erblasser kann anstelle dessen z. B. freihändigen Verkauf da vorschreiben, wo nach dem Gesetz öffentliche Versteigerung stattfinden müßte, oder eine bestimmte Veräußerungsart da anordnen, wo das Gesetz Teilung in Natur verlangt. Schließlich gehört zu dieser Kategorie auch die sogenannte negative Teilungsanordnung (§ 2044)[2]), die für eine bestimmte Zeit den Ausschluß der Auseinandersetzung des Nachlasses oder einzelner zu diesem gehöriger Gegenstände anordnet. Die negative Teilungsanordnung zeichnet sich dadurch aus, daß ihre Grenzen im Gesetz besonders genau umrissen sind. Der Erblasser kann das Teilungsrecht der Miterben nicht dauernd ausschließen. Die Verfügung wird grundsätzlich 30 Jahre nach dem Eintritt des Erbfalls unwirksam[3]). Aus einem wichtigen Grund kann die Auseinandersetzung stets verlangt werden (§§ 2044, 749). Ist strittig, ob ein wichtiger Grund vorliegt, so hat — vor Einleitung des Verfahrens vor dem Nachlaßgericht[4]) — zunächst das Prozeßgericht darüber zu entscheiden.

2. Die Anordnungen materiellrechtlicher Art über die Verteilung des Nachlasses bilden die dritte Kategorie. Nur auf sie trifft eigentlich der Name „Teilungsanordnung" zu, der aber in Wissenschaft und Rechtsprechung sowie im Gesetz selbst (vgl. die §§ 2306, 2376) für alle drei Kategorien verwendet wird. — Es sind diejenigen Anordnungen des Erblassers, durch welche einzelne Nachlaßgegenstände bestimmten Erben für die Auseinandersetzung zugewiesen werden; nennen wir sie kurz „Teilungsanordnungen im engeren Sinn". Ihnen gilt das besondere Interesse dieser Arbeit. Die eben gegebene Begriffsbestimmung soll deshalb nunmehr schärfer untersucht werden.

Es muß sich um eine Verfügung von Todes wegen, nicht um Rechtsgeschäfte unter Lebenden handeln. Aus diesem Grund ist die Teilungsanordnung abzugrenzen gegenüber Ueberlassungsverträgen, durch welche dem Begünstigten noch bei Lebzeiten des Anordnenden die zugewiesene Sache übertragen wird.

Der, dem der Gegenstand zugewiesen wird, muß Erbe sein. Dadurch vor allem unterscheidet sich die Teilungsanordnung vom einfachen Vermächtnis. Wann dies, wann jenes vorliegt, ist nicht immer ganz einfach zu entscheiden. § 2087 stellt hierfür Auslegungsregeln auf. Danach ist die Zuwendung von einzelnen Gegenständen im

---

[2]) Planck-Flad, § 2044 A. 1.

[3]) Die Einzelheiten vgl. im Gesetz: § 2044 i. Verb. m. §§ 749 ff.

[4]) Vgl. KG. in Recht 1930, Nr. 904.

Zweifel als Vermächtnis anzusehen. Wird freilich diese Vermutung widerlegt, dann ist der Betreffende im Verhältnis des Wertes der ihm zugewiesenen Sachen zum Wert des ganzen Nachlasses Miterbe, und die Zuweisung stellt sich als Teilungsanordnung dar [5]).

Die Sache wird dem Erben „zugewiesen". D. h. der Erblasser bestimmt, daß der Erbe sie zu Eigentum erhalten soll (natürlich läßt sich die Zuweisung eines anderen Rechts ebensogut denken), Eine solche Zuweisung ist auf zweierlei Art möglich; der Miterbe kann den bezeichneten Gegenstand außer seinem anteilsmäßig bestimmten Erbteil, also als wertmäßiges Mehr erhalten, es ist aber auch möglich, daß er die Sache in Anrechnung auf seinen Erbteil bekommt, der Wert des Erhaltenen demnach durch die Zuweisung nicht beeinträchtigt wird. Ebenso können Schulden als wertmäßige Minderung des Erbteils oder unter Ausgleichung durch entsprechende Zuwendungen von Aktiven bezw. Befreiung von anderen Verbindlichkeiten zugewiesen werden [6]). Rechtsprechung und Schrifttum stehen fast einhellig auf dem Standpunkt, daß nur die auf den Erbteil anzurechnende Zuweisung als Teilungsanordnung aufzufassen ist [7]). Daraus folgt aber nicht, daß der Anrechnungspreis dem Wert des Zugewiesenen entsprechen muß. Vielmehr wird von der herrschenden Lehre anerkannt, daß Zuweisungen, die einen zu niedrigen Uebernahmepreis festsetzen, auch Teilungsanordnungen sind. Näheres im § 5 S. 47 ff.

Da jedenfalls die Tatsache der Anrechnungspflicht für das Vorhandensein der Teilungsanordnung von Bedeutung ist, ist es nötig festzustellen, wann eine Zuweisung anrechnungspflichtig ist, und wann nicht. Nicht immer drückt sich der Erblasser klar aus. In zweifelhaften Fällen ist der Wille des Erblassers durch Auslegung zu ermitteln. Eine Auslegungsregel, wie sie Art. 608 III Schweiz. ZGB. [8]) kennt, kann m. E. für das geltende deutsche Recht nicht aufgestellt werden [9]).

---

[5]) Vgl. Bayr. Ob. LG. im Recht, 1913 Nr. 1476.

[6]) Vgl. Kipp, Erbschaftssteuerges. § 23 A. 97.

[7]) RG. in Seuff. Arch. 63 S. 404; KG. in OLG. 9, S. 396; RGRK, § 2048 I, Abs. 1; Staudinger-Herzfelder, § 2048 A. 1; Kipp, § 85 IV 1.

[8]) „Ist nicht ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich, so gilt die Zuweisung einer Erbschaftssache an einen Erben als eine bloße Teilungsvorschrift und nicht als Vermächtnis."

[9]) A. a. Kuetgens, S. 7, der das gleiche für das deutsche Recht behauptet mit der Begründung, in der Teilungsanordnung liege die geringere Begünstigung.

III. 1. Durch alle drei Kategorien, in die hier die Teilungsanordnungen zerlegt worden sind, zieht sich eine andere Einteilung hindurch: die in dispositive und zwingende Teilungsanordnungen. Als „dispositive Teilungsanordnung“ soll diejenige Bestimmung des Erblassers über die Auseinandersetzung bezeichnet werden, die der Erblasser nur für den Fall der Uneinigkeit der Miterben getroffen hat, die er also auch nur unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung aller Miterben befolgt wissen will. Sie bildet einen eigenen rechtlichen Begriff und läßt sich nicht unter andere erbrechtliche Institute bringen. — Unter „zwingender Teilungsanordnung“ verstehen wir eine solche, an die auch die unter sich einigen Miterben gebunden sein sollen. Sie hat keinen selbständigen Charakter, sondern fällt, wie wir später sehen werden, unter den Begriff der Auflage. — Zu welcher der beiden Arten eine Teilungsanordnung im Einzelfall gehört, ist nach dem Willen des Erblassers zu entscheiden.

2. Eine weitere Einteilung, die in verpflichtende und berechtigende Teilungsanordnungen, gilt nur für die dispositive Teilungsanordnung. Während bei der verpflichtenden Teilungsanordnung jeder Miterbe zur Befolgung — wie schon der Name sagt — „verpflichtet“ ist, hat bei der berechtigenden Teilungsanordnung der begünstigte Miterbe die Wahl, ob er eine der Anordnung entsprechende Teilung verlangen will oder nicht, er wird nur vom Erblasser für „berechtigt“ erklärt, eine den Anordnungen des Erblassers entsprechende Teilung zu verlangen. Für die zwingende Teilungsanordnung passen diese Begriffe deshalb nicht, weil dieselbe jede Willensbestimmung der Miterben auszuschalten bestrebt ist, also immer als verpflichtende Teilungsanordnung auftritt.

§ 2.

Begriff der Teilungsanordnung im gemeinen und im preußischen Recht.

I. 1. Auf das gemeine und das preußische Recht soll nur insoweit eingegangen werden, als es zum Verständnis der für das moderne Recht vertretenen Anschauungen erforderlich erscheint. Wenn die Konstruktionen der damaligen Juristen heute nicht befriedigen, so kann man sie doch nicht als unrichtig bezeichnen. Man muß bedenken, daß auch die rein klassifikatorischen Begriffe der damaligen Zeit von den unsrigen abweichen; aus dieser Begriffsverschiedenheit

ergeben sich meist die Meinungsverschiedenheiten bezüglich der rechtlichen Konstruktion.

Auch nach gemeinem Recht kann ein Erblasser durch letztwillige Verfügung Anordnungen jeder Art für die Auseinandersetzung seines Nachlasses treffen; sowohl über die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten wie über den modus procedendi wie über die Verteilung der einzelnen Stücke [1]). Die Zulässigkeit negativer Teilungsanordnungen ist in den Quellen zwar nirgends ausgesprochen, in der gemeinrechtlichen Literatur aber anerkannt [2]). — Die Tatsache, daß für die Nachlaßverteilung eines Erblassers unter seine Kinder eine besondere Form geschaffen worden ist (die der divisio parentum), hat dazu geführt, daß sich die Literatur des römischen und gemeinen Rechts nur mit der Teilungsanordnung i. e. S. [3]) befaßte, die Rechtsnatur der anderen Teilungsanordnungen jedoch gänzlich im Dunkeln ließ. Infolgedessen kann auch hier nur wiedergegeben werden, was die gemeinrechtliche Literatur über die Teilungsanordnung i. e. S. ausgeführt hat.

2. a) Den Zweck, dem heute die Teilungsanordnung i. e. S. dient, erfüllten im gemeinen Recht zwei Institute: die divisio bonorum und die heredis institutio ex re certa. — Die divisio bonorum war eine letztwillige Verfügung, die jeder testierfähige Erblasser treffen konnte, und durch die er Anordnungen für die Verteilung seiner Vermögensgegenstände an seine zukünftigen Erben traf. Die Erbengemeinschaft konnte aus den Intestaterben oder aus den durch Testament Berufenen bestehen [4]). Mit dem Erbschaftserwerb hatte die divisio bonorum nichts zu tun. Sie nahm nur das Geschäft des Teilungsrichters dadurch vorweg, daß sie selbst über die Zuteilung einzelner Gegenstände oder Schulden [5]) an einzelne Miterben bestimmte. Sie brauchte nicht den ganzen Nachlaß zu verteilen, sie konnte sich auf einzelne Gegenstände beschränken. Auch brauchte nicht allen Erben etwas zugeteilt zu werden.

b) Der Fall, an dem die Rechtsätze über die divisio bonorum im römischen und gemeinen Recht entwickelt wurden, war die divisio parentum inter liberos. Subjekt dieser Verordnung

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp, § 608 A. 16; Dernburg, Pand. § 176, 3.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, § 608 A. 4, Erdmann, S. 43.

[3]) Dazu wurde im gemeinen Recht auch die Zuteilung von Schulden an einzelne Miterben gerechnet.

[4]) Abweichend Schroeder, S. 32.

[5]) fr. 20 § 3 D. 10. 2.

konnten Vater und Mutter [6]) sein, Zuweisungsempfänger alle Abkömmlinge des Erblassers, welche ihn ab intestato beerben können. Grund für die starke Berücksichtigung gerade dieses Falles ist nicht nur die für diese Verfügungen geltende besonders erleichterte Form (vgl. § 10 S. 41), sondern auch die Tatsache, daß die Erbfolge der Deszendenten als der ersten Ordnung der Intesterbfolge praktisch die häufigste war.

Auch bei der divisio taucht die Frage auf, ob das Zugewiesene auf den Erbteil anzurechnen ist oder nicht. Allgemein werden beide Fälle unter dem Begriff der divisio zusammengefaßt, wobei der erste Fall praktisch die Ausnahme gewesen sein mag [7]). Der heutige Begriff der Teilungsanordnung im engeren Sinn wird demnach durch den Begriff der divisio konsumiert; dieser ist weiter als jener, denn unter diesen fallen auch unsere heutigen Vorausvermächtnisse.

3. a) Das zweite mit der heutigen Teilungsanordnung i. e. S. verwandte Institut ist die heredis institutio ex re certa. Wenn der Erblasser testiert: „X soll mein Erbe auf die und die Sache sein", so ergibt das keinen Sinn. Nach heutigem Recht könnte man darin vielleicht ein Vermächtnis der Sache erblicken. Nach römischem Recht ist bei Verwendung des Wortes „heres" diese Auslegung unmöglich; denn in der mit logischer Schärfe aufgebauten Sprache der Römer konnte, wer als Erbe bezeichnet war, nicht nur Vermächtnisnehmer sein. Diese Anschauungsweise hat sich auch noch im gemeinen Recht erhalten. Wenn der vom Erblasser Bezeichnete aber Erbe war, dann hatte die Erwähnung der Sache keinen Sinn, weil „Erbe sein" immer die Universalsukzession in sich schließt. Folgerichtig wurde die Erwähnung der res certa grundsätzlich weggedacht. Von diesem Grundsatz wurden jedoch Ausnahmen gemacht. Uns interessiert davon nur der Fall, daß der Erblasser jeden der Miterben auf einzelne Sachen eingesetzt hatte. Als Beispiel diene folgendes: der Erblasser testiert etwa: mein Sohn soll Erbe meiner Grundstücke, meine Tochter Erbin meiner Mobilien sein. Hier tauchen zwei Fragen auf: einmal: zu welchen Quoten sollen Sohn und Tochter Erben sein, und ferner: was wird aus den vom Erblasser benannten Sachen?

b) Für die erste Frage gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder wir lassen die Erwähnung der res certae unbeachtet und behan-

---

[6]) Letztere erst seit Theodosian. c. 21. C. 6. 23; vgl. auch v. Bülow, S. 181.

[7]) Hierfür wird nur fr. 21 § 5 D. 33. 1. angeführt.

deln die Kinder als Erben zu gleichen Teilen. Oder wir sehen in der Erwähnung der res certae eine indirekte Bestimmung der Erbteile, sodaß die Quoten der beiden sich nach dem Verhältnis des Wertes der ihnen zugeteilten Sachen bemessen. Entscheidend ist der Wille des Erblassers. Die Römer kamen zu dem Ergebnis, durch die Erwähnung der res certae würden grundsätzlich keine Quoten bestimmt; mit der Einschränkung „si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur“. [8]).

Für das heutige Recht bedeutsamer ist die Frage: was wird aus den vom Erblasser benannten Sachen? Die Quellen geben hierüber kaum Auskunft. Zweifelhaft ist in erster Linie, ob eine Ausgleichspflicht für diejenigen Erben besteht, die einen Mehrwert an res certae erhalten als die übrigen, ob also die Sachen nur in Anrechnung auf den Erbteil zugeteilt werden oder neben dem Erbteil. Neuner [9]) und mit ihm die herrschende Meinung des gemeinen Rechts [10]) entscheiden sich für die zweite Alternative [11]). Die Gründe, mit denen Neuner seine Entschließung motiviert, erscheinen wenig haltbar [12]). Kritik ist hier aber deshalb fehl am Platz, weil wir von dem Sinn ausgehen müssen, den das gemeine Recht der heredis institutio ex re certa untergelegt hat. Dieser Sinn weicht völlig ab von der heutigen Teilungsanordnung i. e. S., zeigt dagegen starke Verwandtschaft mit dem heutigen Vorausvermächtnis.

II. 1. Aus dem gemeinen Recht ist die Teilungsanordnung in die Partikularrechte übergegangen. Den heres ex re certa kennt freilich das ALR. nicht mehr. Wohl ist es auch hier tatsächlich möglich, daß der Erblasser jemanden „auf eine bestimmte Sache zum Erben einsetzt“. Das Wort „Erbe“ hat aber die ausgeprägte Bedeutung, die dem heres in der lateinischen Sprache zukam, verloren, sodaß eine solche erblasserische Bestimmung, wenn der Bedachte auf die Sache beschränkt sein soll, als Vermächtnis ausgelegt wird (§ 263 I 12 ALR.) [13]).

---

[8]) fr. 9 § 13 D. 28. 5. Vergl. auch Neuner, S. 167.

[9]) S. 163 ff.

[10]) Vgl. die in § 4 A. zit. Literatur; dazu auch David S. 30.

[11]) Im Gegensatz dazu wird eine Anrechnungspflicht angenommen von Dernburg, Pand. § 87 u. Siber S .348.

[12]) Insbes. legt Neuner dem Fall, daß die einem Erben zugewiesenen res certae den Wert des Erbteils überschreiten (einem Spezialfall der Teilungsanordnung mit zu niedrigem Uebernahmepreis) eine zu große Bedeutung bei.

[13]) Vgl. hierzu Dernburg, Pr. Pr. R. § 131, S. 399; Förster-Eccius, § 251 1 a. E.

Die divisio bonorum ist in ihren beiden Fällen in das ALR. übernommen worden: als Teilungsanordnung jedes Erblassers und als privilegierte Disposition der Eltern (vgl. § 123 I 17 und §§ 380 ff. II. 2). Voraussetzung ist auch hier das Bestehen einer Erbengemeinschaft. Deshalb liegt keine Teilungsanordnung vor, wenn z. B. ein Kind zum Universalerben eingesetzt wird und die anderen Kinder von diesem durch Vermächtnisse abgefunden werden sollen [14]). Die Erbengemeinschaft kann die natürliche, auf Intestaterbfolge beruhende, sie kann aber auch durch Testament bestimmt sein. Zwar ergibt sich aus § 390 II 2, daß der Gesetzgeber bei der divisio parentum nur an die Intestaterbfolge gedacht hat, dennoch ist kein Grund vorhanden, die Teilungsanordnung auf diesen Fall zu beschränken [15]). Zulässig sind nicht nur Teilungsanordnungen i. e. S., sondern auch andere, z. B. Anordnungen des Erblassers „über die Weise der Versilberung seiner Verlassenschaft“ [16]). Gesetzlich besonders eingehend geregelt sind die negativen Teilungsanordnungen (vgl. für diese §§ 119 ff. I 17). Eine zeitlich unbeschränkte Ausschließung der Auseinandersetzung für den ganzen Nachlaß ist unzulässig; für einzelne Stücke können fideikommissarische Substitutionen, insbesondere Familienfideikommisse angeordnet werden (vgl. §§ 120 I 17, §§ 53—55 I 12).

2. Ueber die divisio parentum inten liberos, d. h. die Teilungsanordnung der Eltern unter ihren zur Intestaterbfolge berechtigten Deszendenten sind in den §§ 379 bis 390 II 2 Bestimmungen enthalten. Es wird eine besonders erleichterte Form für solche Verordnungen des Erblassers eingeführt, „die nur die Grundsätze oder die Art der Teilung unter den Kindern betreffen“ (§ 380 a). Was unter „Grundsätze“ und „Art“ zu verstehen sei, war lange bestritten. Daß darunter nicht nur Anordnungen über die eigentliche Verteilung, sondern alle Teilungsanordnungen, auch die negativen, zu verstehen sind, kann wohl unbedenklich angenommen werden. Daß aber in dieser privilegierten Form auch Erbquoten festgesetzt werden können, steht erst seit der Entscheidung des Reichsgerichts in Band 26 S. 331 fest [17]). Dafür spricht einmal der Wortlaut des § 380 a. Denn welche Bedeutung sollten die „Grundsätze“ sonst neben der „Art“

---

[14]) Deshalb kein Fall einer Teilungsanordnung in Striethorst A. 48, Nr. 15 S. 56 ff. — Arg.: § 263 I 12.

[15]) So auch die herrschende Meinung; vgl. RG. 26 S. 330; Förster-Eccius, § 249; Koch, S. 622; a. A. v. Bornemann, § 364, S. 46.

[16]) Dernburg, Pr. Pr. R. 4. Aufl. § 163 S. 481.

[17]) So auch Förster-Eccius, § 249; Dernburg, Pr. Pr. R. § 116, S. 355; a. M. Koch, S. 626; Förster, S. 104.

der Teilung haben? Die vornehmlichste Grundlage der Teilung ist doch die Bestimmung der Quoten. Ferner ergibt sich aus dem Wortlaut des § 383 II 2 („Eltern können durch letztwillige, entweder in der Form eines wirklichen Testamentes oder auch einer privilegierten Disposition abgefaßte Verordnungen ihren Nachlaß unter die Kinder ungleich verteilen"), insbesondere aus der Zusammenstellung des Testamentes und der privilegierten Disposition, daß der Gesetzgeber auch bei dieser an die quotenmäßige Ungleichheit der Erbteile gedacht hat. Das ALR. hat hier also durch Schaffung einer einheitlichen Form den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen testamentum parentum und divisio parentum verwischt.

§ 3.

Wirkung und Verwirklichung der Teilungsanordnungen.

I. 1. Im gemeinen Recht wurde die in der divisio bonorum oder in der heredis institutio ex re certa enthaltene Anordnung bei der Auseinandersetzung erfüllt. Es gab schon damals zwei Arten der Auseinandersetzung: die auf vertraglicher Einigung der Miterben beruhende außergerichtliche und die richterliche. Die erstere bietet keine Besonderheiten, wir können uns deshalb auf die Behandlung der zweiten beschränken. Die gerichtliche Auseinandersetzung erfolgt auf Antrag eines der Miterben [1]). Während sie in Rom im Prozeßverfahren vor sich ging, bildet sie im gemeinen Recht einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit [2]). Das Verfahren endigt mit den Adjudikationen des Richters, d. h. richterlichen Anordnungen, die die Kraft haben, Eigentum und andere Rechte zu übertragen [3]). — Das Auseinandersetzungsverfahren dient sowohl der Verteilung des Nachlasses unter die Miterben wie auch der Erfüllung der Vorvermächtnisse und der einem Miterben auferlegten modi [4]). Aus der Feststellung, daß auch die durch divisio oder heredis institutio getroffenen Anordnungen in diesem Verfahren verwirklicht werden, können daher keine Schlüsse auf deren rechtliche Natur gezogen werden.

2. Die einzelnen Gegenstände werden durch Adjudikationen des Teilungsrichters zugewiesen [5]). Daraus geht hervor, daß die Erben

---

[1]) Dernburg, Pand. § 176, S. 360.
[2]) Leske, § 262, S. 1123; Dernburg a. a. O.
[3]) Windscheid-Kipp, I § 173.
[4]) Dernburg, Pan. § 176 2 c.
[5]) fr. 35 pr. D. 28. 5.

mit dem Erbfall noch nicht Allein-Eigentum an den ihnen zugewiesenen Sachen erworben haben, vielmehr die Eigentumsübertragung durch die Miterben oder den Teilungsrichter erforderlich bleibt. Der einzelne Erbe hat nur einen Anspruch gegen diese auf Zuteilung der bezeichneten Sachen [6]).

3. Daß der Teilungsrichter an Teilungsanordnungen i. e. S. gebunden ist, wird nicht bestritten [7]). Bestritten wird von Windscheid [8]), daß der Richter an die sonstigen Teilungsanordnungen über die Art und Weise der Auseinandersetzung gebunden sei. Zwar dürfe er sich nicht „willkürlich über sie hinwegsetzen; aber ein Recht, ihn zur Befolgung zu zwingen, haben die Erben nicht." [9]). — Es ist nicht einzusehen, warum der Richter, für den oberste Richtschnur der Wille des Erblassers ist, hier sich über dessen Bestimmungen, soweit sie nicht gesetzwidrig sind, und soweit sich nicht die Verhältnisse wesentlich geändert haben, hinwegsetzen dürfen soll. Dernburg [10]) hält deshalb den Richter in den hier gezogenen Grenzen für gebunden. Stedler [11]) stützt diese Ansicht mit dem Argument, daß der Richter die Verhältnisse, die den Erblasser zu seiner Bestimmung motiviert haben, richtig zu würdigen garnicht in der Lage sei.

II. 1. Auch nach preußischem Recht kann die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft gerichtlich oder außergerichtlich bewirkt werden [12]). Es soll hier wieder nur auf die gerichtliche Auseinandersetzung eingegangen werden. — Auch hier wird im Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden. Grundsätzlich beschränkt sich das Gericht darauf, den Erbrezeß gemäß der Einigung der Erben aufzustellen. Der Erbrezeß stellt nur den Teilungsplan fest. Da nach § 123 I 17 die Teilung in erster Linie nach den Anordnungen des Erblassers vorzunehmen ist, hat jeder Erbe einen Anspruch darauf, daß ihm im Teilungsplan die ihm vom Erblasser bestimmte Sache zugewiesen werde. Wird ihm dieses Recht von Miterben bestritten, so kann er vor dem Prozeßgericht auf Einwilligung des Bestreitenden in die gemäß der erblasserischen Bestimmung vorzunehmende Auseinandersetzung klagen [13]).

---

[6]) Kretzschmar, Natur des Prälegats, S. 129 ff.; Kohler, S. 330.
[7]) c. 10. C. 3. 36. Vgl. Dernburg, Pand. § 176 A, 17; Windscheid-Kipp, III § 608 A. 16; Mühlenbruch, 42. Bd. S. 152. — Natürlich nur vorbehaltlich des Pflichtteilsrechtes und der quarta Falcidia.
[8]) § 608, A. 16.
[9]) ebenso Erdmann, S. 55.
[10]) Pand. § 176 A. 17.
[11]) S. 32.
[12]) Förster-Eccius, § 273, S. 601; Dernburg, Pr. Pr. R. § 245.
[13]) Förster-Eccius, § 273.

2. Die Frage, ob die untereinander einigen Miterben sich über die Teilungsanordnungen des Erblassers hinwegsetzen dürfen, ist in der Literatur des ALR. bestritten. Praktische Bedeutung hat die Beantwortung namentlich dafür, ob der Nachlaßrichter einer von den Miterben einstimmig beantragten Teilung stattzugeben hat, wenn diese den Verordnungen des Erblassers zuwiderläuft. Dernburg [14]) und Koch [15]) meinen, daß der Richter bei einer solchen Auseinandersetzung seine Mitwirkung zu versagen habe, sofern nicht ein wichtiger Grund für die Außerachtlassung der Vorschrift besteht. Die entgegen der Vorschrift des Erblassers vorgenommene Auseinandersetzung sei „gesetzwidrig". Eccius [16]) dagegen vertritt die Ansicht, daß die Teilungsanordnungen „nur die Befugnisse der Erben gegeneinander begrenzen oder erweitern" und der Nachlaßrichter deshalb einem abweichenden Antrag aller Miterben stattzugeben habe. Seiner Meinung nach „liegt eine Gesetzwidrigkeit nicht vor". — In Wahrheit ist die Frage wohl nach dem Willen des Erblassers zu entscheiden; das Argumentieren mit Gesetzwidrigkeit oder Nichtgesetzwidrigkeit ist nichts anderes als eine petitio principii.

3. Ist im Erbrezeß die Sache dem Miterben zugeteilt worden, so hat er dadurch noch kein Eigentum erlangt; erforderlich bleibt vielmehr die Uebertragung des Eigentums. Abweichender Meinung sind sowohl Dernburg [17]) als auch das Preußische Obertribunal [18]). Dernburg nimmt an, daß die Einigung der Miterben im Erbrezeß grundsätzlich zugleich auch dingliche Wirkung habe, „da die Entsagung der Miteigentümer hinreicht, um ihr Recht dem der Teilhaber der Vereinbarung entsprechend anwachsen zu lassen". Demgegenüber hält das Reichsgericht [19]) daran fest, daß der dingliche Rechtsakt noch erforderlich sei. Die Auseinandersetzung habe dem einzelnen Erben erst einen Titel für das Alleineigentum an den bestimmten Sachen gegeben. Auf Grund dieses Titels könne er nunmehr Uebereignung fordern.

III. 1. a) Für das geltende Recht ist schon in § 1 festgestellt worden, daß die Teilungsanordnung sowohl dispositive als zwingende Kraft haben kann. Dies hängt davon ab, ob der Erblasser mit seiner Vorschrift nur einen eventuellen Zwist der Miterben

---

14) Pr. Pr. R. § 245 A. 8, S. 723, S. 726 unter 6 c.
15) I 17 § 121.
16) § 273, S. 602.
17) Pr. Pr. R. § 246, 2.
18) Entsch. d. Ob. Tr. 33 S. 39 ff.
19) RG. 9, S. 272 ff.

schlichten oder einen selbständigen Zweck damit verfolgen wollte. Praktisch ist der Wille des Erblassers meist auf die dispositive Teilungsanordnung gerichtet. Das genügt aber nicht dazu, die von Weißler[20]) aufgestellte Behauptung zu begründen, die zwingende Teilungsanordnung sei gar keine Teilungsanordnung. Diese fällt genau so unter die von § 2048 normierten „Anordnungen für die Auseinandersetzung", wenn sie sich auch ihrer Natur nach von der dispositiven Teilungsanordnung wesentlich unterscheidet.

b) Zur Beantwortung der Frage nach der obligatorischen oder dinglichen Wirkung der Teilungsanordnung muß erst einmal klargestellt werden, was wir unter obligatorischer bzw. dinglicher Wirkung verstehen. Es wird nämlich in der Literatur darunter einmal die Frage verstanden, ob der Erblasser schon durch seine Anordnung den Miterben Rechte verschaffen bzw. nehmen kann, oder ob die Anordnung noch der Vollziehung bedarf. D. h. also z. B. bei der Teilungsanordnung i. e. S.: ob der Erblasser durch seine Verfügung den Miterben schon das Eigentum an den zugewiesenen Sachen verschafft, oder ob noch die einzelnen Uebertragungsakte erforderlich sind; bei der negativen Teilungsanordnung: ob die Verfügung den Erben die Rechtsmacht zur Auseinandersetzung nimmt, oder ob sie nur eine Verpflichtung zur Unterlassung der Auseinandersetzung erzeugt. — Dieselbe Terminologie wird aber auch für die Frage verwandt, ob die Teilungsanordnung des Erblassers die Kraft hat, den Anspruch auf gesetzliche Auseinandersetzung gemäß § 752 ff. zum Erlöschen zu bringen, oder ob sie nur dazu verpflichtet, den gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruch nicht geltend zu machen. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sollen für diese letztere Frage die Ausdrücke: gestaltende und verpflichtende Kraft verwendet werden. Vergleiche dazu § 5 III und § 7 II.

Die Frage nach der obligatorischen oder dinglichen Wirkung der Teilungsanordnung findet man schon in den Protokollen[21]). Der in der zweiten Lesung vorgebrachte Antrag, die Teilungsanordnung mit dinglicher Wirkung auszustatten, wurde bis zur Beratung des Vindikationslegats vertagt und nach dessen Ablehnung nicht mehr gestellt. Daraus ist zu folgern, daß die Teilungsanordnung im BGB. nur obligatorische Wirkung hat[22]). — Ein wei-

---

[20]) II, S. 25.

[21]) Prot. V S. 885.

[22]) So auch die herrschende Meinung, vgl. Staudinger-Herzfelder § 2044 1, § 2048 1 Abs. 3, Kreß, S. 205; Kretzschmar, § 87 III 1 c; Kipp § 85 IV 1; RG. in RGZ. 22, S. 301; Bayr. ObLG. in LZ. 1918, S. 287; OLG. Kolmar im Recht 1904 Nr. 286 (entgegen früherer Recht-

teres Argument folgt aus § 2204: wenn dem Testamentsvollstrecker das Recht eingeräumt wird, die Auseinandersetzung nach den Anordnungen des Erblassers zu bewirken, würde dieses Recht inhaltslos werden, wenn die zugewiesenen Gegenstände schon mit dem Erbteil Eigentum der Bedachten würden[23].

2. a) Die Teilungsanordnung ist bei der Vornahme der Auseinandersetzung zu verwirklichen. Für die Durchführung der Auseinandersetzung gibt es drei Wege. Entweder können die Miterben sich außergerichtlich über die Verteilung des Nachlasses einigen, oder, wenn ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, hat dieser gemäß § 2204 die Auseinandersetzung zu bewirken. Schließlich hat, wenn kein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, auf Antrag eines Beteiligten das Nachlaßgericht die Auseinandersetzung zu vermitteln (§ 86 FGG.).

Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers, also auch die Teilungsanordnungen, zur Ausführung zu bringen. Es fragt sich, ob der Testamentsvollstrecker an eine von den Anordnungen des Erblassers abweichende Einigung der Miterben gebunden ist. Die Frage muß, soweit die Anordnungen des Erblassers nur dispositive Wirkung haben, bejaht werden; denn es entspricht dem Willen des Erblassers, abweichende Vereinbarungen der Miterben zuzulassen. Für die zwingende Teilungsanordnung dagegen entspricht es der selbständigen Stellung des Testamentsvollstreckers, daß er von einer abweichenden Einigung der Erben unabhängig ist[24].

b) Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers ergeben sich aus den §§ 2203 ff. Das Recht zur Vornahme der Auseinandersetzung hat der Testamentsvollstrecker nur dann nicht, wenn anzunehmen ist, daß es ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollte (§ 2208). Zum Testamentsvollstrecker kann auch ein Miterbe ernannt werden. Das Kammergericht[25] meint, daß ein Testamentsvollstrecker,

---

sprechung.) — Stark mißverständlich sind die Ausführungen Binders S. 248 ff. Es ist nicht recht klar, ob Binder eine dingliche Wirkung der negativen Teilungsanordnung behauptet (darin müßte ihm widersprochen werden), oder ob er nur die Nichtigkeit eines entgegen einer zwingenden Teilungsanordnung vorgenommenen Auseinandersetzungsvertrages vertritt (darin wäre ihm zuzustimmen, vgl. näheres in § 7).

[23] Vgl. OLG. 9 S. 396.

[24] Aehnlich Kipp, § 86 II; Staudinger-Herzfelder, § 2204 A. 2; Plank-Flad, § 2204, A. 4; RGRK. § 2204 A. 1; Lafrenz, S. 412; RG. 61 S. 145; RG. 108 S. 290.

[25] OLG. 4 S. 435 u. OLG. 9 S. 406.

der zugleich Miterbe sei, die ihm durch erblasserische Teilungsanordnung zugewiesene Sache nicht sich selbst übereignen könne, weil es mit dem Amt des Testamentsvollstreckers unvereinbar sei, daß der Testamentsvollstrecker im eigenen Interesse tätig werde. Allein der Gesetzgeber hat für den Miterben als Testamentsvollstrecker keine besonderen Grundsätze aufgestellt; auch hier gilt nur § 2208, d. h. wenn ein solcher Wille des Erblassers ersichtlich ist, darf der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung nicht vornehmen. Aus der alleinigen Tatsache, daß es sich um einen Miterben handelt, kann ein solcher Wille des Erblassers nicht gefolgert werden. Dieser hätte ausdrücklich erklärt werden müssen. Eine Interessenkollision liegt nicht vor, denn der Testamentsvollstrecker ist zur Befolgung der Anordnungen des Erblassers verpflichtet. Mit Recht hat daher das Reichsgericht[26]) die Vornahme der Auseinandersetzung durch einen zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben für zulässig erklärt, soweit nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers ersichtlich ist.

c) Es bleibt noch zu erörtern, ob es Fälle gibt, in denen die Verwirklichung der Teilungsanordnung schon vor Auseinandersetzung des Nachlasses gefordert werden kann. — Es ist möglich, daß der Erblasser einem oder einigen der eingesetzten Erben eine bestimmte Geldsumme ausgesetzt hat, während die übrigen die vorhandenen Nachlaßstücke übernehmen sollten. Nicht gemeint sind die Fälle, in denen der Erblasser die Summe als Vermächtnis aussetzen wollte und nur aus Rechtsirrtum das Wort „Erben" gebraucht hat, sondern jene Fälle, in denen der Erblasser eine wirkliche Erbeinsetzung verbunden mit einer Teilungsanordnung treffen wollte. Eine solche Teilungsanordnung hat die Besonderheit, daß ihre Verwirklichung die Vornahme einer nach den §§ 2042 ff. zu bewirkenden Auseinandersetzung nicht erfordert[27]); sie kann schon vorher geltend gemacht werden. Die in einer derartigen Anordnung enthaltene Zuwendung wird meist als „Abfindung" bezeichnet[28]). Sie bezweckt, die Auseinandersetzung zu vereinfachen und bietet dem so bedachten Erben den Vorteil, daß er seine Forderung sofort geltend machen kann, während sie den übrigen Erben die oft zu Streitigkeiten führende Auseinandersetzung erleichtert.

---

[26]) RG. 61, S. 142; OLG. Rostock in OLG. 26 S. 351.

[27]) Vgl. Soergel, § 2048 A. 1.

[28]) Vgl. RG. in Bayer. Z. 1922, S. 71; in Recht 1923 Nr. 671.

§ 4.

Die Rechtsnatur der Teilungsanordnung im früheren Recht.

I. 1. a) Bei der juristischen Konstruktion der divisio bonorum muß daran erinnert werden, daß unter diesen Begriff sowohl die Zuteilungen auf den Erbteil wie die neben dem Erbteil fallen. Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts behandelt diese Zuteilungen als Prälegate, und zwar als einfache Prälegate, wenn sie neben dem Erbteil erfolgen; wenn sie dagegen auf den Erbteil angerechnet werden, als wechselseitige Prälegate: für den Empfänger insofern, als er diejenigen Teile der zugewiesenen Sache erhält, die ihm nicht schon als Erben zustehen, für die übrigen Miterben insofern, als dieser ihnen den Wert der abgetretenen Anteile zu zahlen hat [1]). Sind diese Anteile mehr wert als der Erbteil des Zuweisungsempfängers, so braucht er dieses Plus nicht zu vergüten, denn der Erblasser wollte ihm ja die Sache (und d. h. auch den ihr entsprechenden Wert) auf jeden Fall zuwenden. — Daß zwischen der anzurechnenden und der nichtanzurechnenden Zuwendung ein begrifflicher Trennungsstrich nicht gezogen wurde, hängt wohl vor allem damit zusammen, daß man alles, was unter e i n e Form (die der divisio parentum) fiel, auch unter einen einheitlichen Begriff zusammenfassen wollte. Außerdem weisen die gemeinrechtlichen Autoren immer wieder darauf hin, daß die Möglichkeit einer anderen rechtlichen Konstruktion als der des Vermächtnisses nicht bestände.

b) Der erste, der an der Prälegatsnatur des durch Teilungsanordnung Zugewiesenen gezweifelt hat, ist Mühlenbruch [2]). Anstatt aber vom Inhalt auszugehen, klammert er sich an die Form der divisio parentum und sucht die herrschende Lehre damit zu widerlegen, daß Vermächtnisse einer strengeren Form bedürfen als der der divisio parentum. Diese Argumentation ist deshalb unrichtig, weil bis Justinian die Kodizillarform und die Form der divisio sowohl für die Disposition von Eltern als die sonstiger Erblasser völlig gleich waren, aus der Formvorschrift Justinians mithin nicht auf eine Aenderung der rechtlichen Natur geschlossen werden kann. Denn dem Gesetzgeber stand es frei, für ein in der divisio enthaltenes Vermächtnis eine besondere Form vorzuschreiben; aus dem Abweichen dieser Form von der üblichen kann

---

[1]) Vgl. Vangerow, § 523 I A 3, Thibaut § 846 und die bei Schulzenstein S. 124 A. 1 sowie Wertheim S. 13 angeführte Literatur.
[2]) Bd. 42 S. 237 ff.

nicht der Schluß auf die Negierung der Vermächtnisnatur gezogen werden. — Auch die zweite Begründung Mühlenbruchs, sein Versuch, den Unterschied zwischen Prälegat und divisio an der verschiedenen praktischen Behandlung darzutun, muß deshalb scheitern, weil im gemeinen Recht ein Unterschied in der praktischen Behandlung kaum bestand. Beide wurden, wie wir im § 3 S. 9 gesehen haben, im Auseinandersetzungsverfahren verwirklicht. Bei beiden kommt die Falcidische Quart zum Abzug [3]). Der einzige praktische Unterschied — auch der noch bestritten [4]) — ist in der Eviktionshaftung zu finden: Miterben haben sich für das durch divisio Zugeteilte gegenseitig Gewähr zu leisten [5]) [6]); im Gegensatz dazu haften sie bei Eviktion des Prälegats grundsätzlich nur dann, wenn der Erblasser den Rechtsmangel gekannt hat [7]). Damit allein kann aber die Konstruktion der herrschenden Lehre nicht widerlegt werden. — Hinzu kommt, daß die positive Stellungnahme Mühlenbruchs zur rechtlichen Natur der divisio jeder Bestimmtheit entbehrt. Mühlenbruch geht von dem Fall aus, daß der Erblasser eine ungleiche Verteilung vorgenommen hat. Es müsse dann alles das, was dem einen Erben mehr zugeteilt ist als dem anderen, als ein „praecipuum" angesehen werden [8]). Was das gleicherweise Verteilte für rechtliche Eigenschaften hat, wird nicht gesagt. Aber auch das als „praecipuum" Bezeichnete entbehrt jeder Charakterisierung. Das Wort praecipuum ist kein Rechtsbegriff; es bedeutet nur einen Voraus, erhält seinen Sinn aber immer erst im Zusammenhang mit anderen Ausdrücken [9]). Die Mühlenbruch'sche Lehre ist also völlig unklar.

Den Angriff Mühlenbruchs gegen die herrschende Lehre führte von Buchholtz [10]) fort. Dabei fällt auf, daß v. Buchholtz anscheinend von einem anderen Begriff der divisio ausgeht als alle übrigen. Er spricht von der divisio als einer „Erklärung, was jeder einzelne Erbe in seinen Erbteil einzurechnen hat" [11]). Das weicht wesentlich von der Definition des

---

[3]) Bestritten von Mühlenbruch S. 241 ff., dagegen aber c. 10. C. 3. 36 und fr. 20 § 5 D. 10. 2.

[4]) von Neuner, S. 174; Wertheim, S. 16.

[5]) Arg. fr. 77 § 8 D. 31; fr. 33 D. 10. 2 — fr. 39 § 5 D. 10. 2 behandelt einen Ausnahmefall und ist deshalb als argumentum e contrario zu werten.

[6]) a. A. Neuner S. 174; Wertheim S. 16.

[7]) Vgl. Koeppen, S. 786.

[8]) S. 241 ff.

[9]) Vgl. Neuner, S. 180.

[10]) S. 233 ff.

[11]) S. 236.

gemeinen Rechts ab, die oben gegeben worden ist, und nähert sich stark dem Begriff der heutigen Teilungsanordnung. Auf dem begrifflichen Unterschied beruht denn wohl auch die abweichende Meinung v. Buchholtz' bezüglich der rechtlichen Natur. Er führt aus: die Quellen behandelten die divisio des Erblassers als Vorwegnahme des Geschäfts des Teilungsrichters [12]). „So wenig nun dadurch, daß der Teilungsrichter dem einen Erben diese, dem andern jene Erbschaftssache zuweist, diese Sachen unter dem Titel von Vermächtnissen den Erben zufallen, ebenso wenig können sie, wenn sie der Erblasser unter seinen Erben verteilt, zu Vermächtnissen werden." [13]). Damit will er offenbar dasselbe sagen, was Dernburg später mit den Worten ausdrückte: der Erbe erhalte die Sachen iure hereditario, nicht titulo singulari (vgl. unter II S. 19). —

Hiermit hat v. Buchholtz ein wesentliches Merkmal der rechtlichen Natur der Teilungsanordnung erkannt. Seine übrigen Ausführungen, insbesondere seine Argumentation, daß die Zuweisung von Schulden an einen der Miterben mit dem Begriff des Vermächtnisses unvereinbar sei, sind kaum haltbar. — Als Ergebnis ist für das gemeine Recht festzuhalten: die herrschende Lehre kam aus ihrer Definition der divisio heraus zur Bejahung der Vermächtnisnatur; die Angriffe von Mühlenbruch vermögen diese Lehre nicht zu erschüttern. v. Buchholtz hat infolge seiner abweichenden Definition einen Gesichtspunkt hervorgehoben, der für das preußische und moderne Recht noch eine wichtige Rolle spielen wird.

2. Für die Rechtsnatur der heredis institutio ex re certa gilt folgendes: die Auffassung der Einsetzung mehrerer Erben auf res certae als Zuwendung der Sachen neben dem Erbteil hatte zur Folge, daß die gemeinrechtliche Doktrin [14]) die Zuwendung der res certae als Prälegate charakterisierte [14a]): die übrigen Miterben sind jeweils zugunsten des bedachten Miterben damit belastet, ihm die ihnen kraft Erbrechts an dem Gegenstand zustehenden Anteile zu übertragen. Wenn die res certae die Erbschaft nicht erschöpfen, wird der Rest unter den Erben ihren Erbquoten gemäß, d. h. regelmäßig zu gleichen Teilen [15]), vergeben.

---

[12]) c. 21 C. 3. 36.

[13]) S. 236 ff.

[14]) Windscheid-Kipp, S. 265; Sintenis, § 172 II B 1 a bb; v. Buchholtz, S. 253; Mühlenbruch Bd. 40, S. 179; Vangerow, S. 151; Schwing, S. 56.

[14a]) So auch schon das justinianische und (unter bestimmten Umständen) das spätklassische Recht. arg.: fr. 35 § 1 D. 28. 5. — Vgl. David S. 30/31.

[15]) Vgl. Sintenis a. a. O.; Neuner, S. 164.

II. 1. a) Ueber die rechtliche Natur der Teilungsanordnung im ALR. sind dieselben Theorien aufgestellt worden wie für das gemeine Recht. — Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts ist für das ALR. von Schultzenstein[16]) übernommen worden. Allerdings spricht Schultzenstein nur von den anrechnungspflichtigen Zuweisungen. Er charakterisiert sie als wechselseitige Prälegate: einerseits erhalte der bedachte Erbe einen Anspruch auf Zuteilung der Sache[17]), einen Anspruch, den er ohne die Anordnung des Erblassers nicht gehabt hätte; andererseits erlangten die übrigen Erben einen Anspruch gegen den Bedachten auf Werterstattung.

b) Eccius[18]) beschränkt den Begriff der Teilungsanordnung nicht auf die anrechnungspflichtigen Zuweisungen; er zieht auch neben dem Erbteil oder als Abfindung auf den Erbteil gemachte Zuweisungen dazu. In allen Fällen legt er den Zuteilungen die Natur von Legaten bei. Und zwar von doppelt bedingten Legaten: einmal abhängig von der Bedingung, daß der Bedachte Erbe wird (dieser kann also nicht die Erbschaft ausschlagen und das Legat fordern) und zweitens davon, daß der Nachlaß nach Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten zur Erfüllung der Teilungsanordnung ausreicht[19]). Als Argumentum führt Eccius die §§ 261 ff. I 12 an: für die Fälle der Zuwendung neben dem Erbteil und der Abfindung auf den Erbteil ergibt sich die Legatsnatur wirklich aus den §§ 262, 263. Dagegen wird die auf den Erbteil gemachte, aber ihn nicht erschöpfende Zuteilung in § 264 behandelt, ohne daß mit einem Wort die Legatsnatur erwähnt wird.

2. a) Die Mühlenbruch'sche Lehre ist mit ihren Argumenten von Koch[20]) und Förster[21]) übernommen worden. Diese behandeln die Zuweisung, soweit dadurch der eine mehr bekommt als der andere, als Voraus. Das Argument, daß sie deshalb kein Prälegat sein kann, weil ein Prälegat in der Form der Teilungsanordnung nicht wirksam angeordnet werden könne[22]), ist für das ALR. genau so abzulehnen, wie für das gemeine Recht. Auch daraus, daß — wie im gemeinen Recht — die Miterben bei der Teilungsanordnung im

---

[16]) § 22, S. 123 ff.

[17]) Schultzenstein sagt — von einer abweichenden Anschauung über die Natur der Erbengemeinschaft ausgehend: — einen Anspruch auf Abtretung der den übrigen Erben an der Sache zustehenden ideellen Anteile.

[18]) Förster-Eccius, § 249 S. 381.

[19]) § 252 S. 424.

[20]) S. 627.

[21]) S. 106.

[22]) Koch, S. 627.

grundsätzlichen Gegensatz zum Vermächtnis Gewähr zu leisten haben (§ 97 I 17), kann allein noch nichts gegen die Prälegatsnatur gefolgert werden.

b) An Mühlenbruch und Buchholtz knüpft auch Dernburg an. Dernburg [23]) beschränkt den Begriff der Teilungsanordnung auf den Fall, daß Zuteilungen in Anrechnung auf den Erbteil erfolgen. Ist die Höhe der Anrechnung nicht letztwillig bestimmt, so ist der Wert der Sache durch Schätzung zu ermitteln. Die auf Grund der Teilungsanordnung erfolgende Zuweisung stellt einen eigenen rechtlichen Begriff dar. Während das Vermächtnis eine selbständige Zuwendung ist und Ansprüche gegen den Nachlaß erzeugt, bekommt der Erbe die zugeteilten Sachen „iure hereditario, nicht titulo singulari"; damit will Dernburg sagen, daß das Zugewiesene nur eine andere Form des Erbteils ist. Weitere Unterschiede gegenüber dem Prälegat bildet die Tatsache, daß bei diesem der Erbe die Erbschaft ausschlagen und nur das Vermächtnis fordern kann, während das vermittels der Teilungsanordnung Zugewiesene der Erbe in seiner Eigenschaft als solcher erhält. Ferner die Tatsache, daß nach Erfüllung der Vermächtnisse noch etwas im Nachlaß vorhanden sein muß; beides Umstände, denen Eccius durch die Konstruktion des bedingten Legats abzuhelfen versucht hat. Schließlich bekommt der in einer Teilungsanordnung benannte Erbe die Zuweisung erst durch die Erbteilung.

Die Dernburg'sche Lehre ist scharf bekämpft worden von Schultzenstein [24]). Insbesondere will dieser nicht gelten lassen, daß der Erbe die zugewiesene Sache iure hereditario erwirbt. „Die Teilungsanordnung hat immer nur einzelne bestimmte Objekte zum Gegenstand und ist deshalb die in ihr liegende Zuwendung titulo singulari gemacht." Aber bei der Erbauseinandersetzung erhält der Erbe auch nur einzelne Objekte und dennoch bekommt er sie kraft seines Erbrechts, d. h. „iure hereditario". — Ebenso merkwürdig ist folgendes Argument Schultzensteins: „mit welch einem Erbrecht sollte auch insbesondere der Erbe die Zuwendung dann erhalten, wenn der Erblasser außer der Teilungsanordnung keine weitere letztwillige Verfügung getroffen hat? Mit einem testamentarischen Erbrecht kann er sie nicht bekommen, weil eine testamentarische Erbeinsetzung und daher auch ein testamentarisches Erbrecht garnicht vorhanden ist, und mit dem gesetzlichen Erbrecht nicht, weil sie auf dem Willen des Erblassers beruht und dieser dem Gesetz vorgeht." Auch diese Betrachtung ist trotz oder gerade wegen ihrer

[23]) Pr. Pr. R. § 163 S. 481.
[24]) § 49.

überspitzten Logik unrichtig. Denn zweifellos erhält der Erbe in dem von Schultzenstein gegebenen Beispiel die Sache kraft seines gesetzlichen Erbrechts; der Wille des Erblassers verdrängt nicht das Gesetz, sondern er ergänzt das Gesetz. — Die oben aufgezeigten Abweichungen der Teilungsanordnung vom Prälegat in den Wirkungen (S. 37) sieht Schultzenstein sich gezwungen anzuerkennen; dennoch leugnet er, daß dies einen Einfluß auf die Rechtsnatur der Teilungsanordnung habe.

Es soll an dieser Stelle auf die Kontroverse zwischen Schultzenstein und Dernburg nicht weiter eingegangen werden, weil die Argumente Schultzensteins von Hedwig Wertheim benutzt worden sind, um die herrschende Auffassung der Teilungsanordnung im heutigen Recht anzugreifen, und dort noch eingehend gewürdigt werden müssen. Zusammenfassend läßt sich hier nur sagen, daß die Ausführungen Dernburgs dafür sprechen, daß es im ALR. einen selbständigen Begriff der Teilungsanordnung gibt, für den eigene Rechtssätze gelten, und der sich mit der Anordnung von Vermächtnissen nicht deckt.

§ 5.

Die heutige Rechtsnatur der Teilungsanordnung.

I. 1. Um die rechtliche Natur der Teilungsanordnung nach heutigem Recht zu erkennen, soll von dem Normalfall, nämlich der dispositiven verpflichtenden Teilungsanordnung ausgegangen werden. Der besondere Charakter der berechtigenden Teilungsanordnung sowie der zwingenden Teilungsanordnung wird in den folgenden §§ gezeigt werden; was in diesem § gesagt wird, gilt nicht für sie.

Die von Dernburg schon für das preußische Recht behauptete selbständige Natur der Teilungsanordnung wird für das geltende Recht kaum noch bestritten. Nur Wertheim hat neuerdings die alte Theorie der Teilungsanordnung als wechselseitigem Vorausvermächtnis wieder aufzufrischen versucht; sie beschränkt ihre Beweisführung jedoch auf die Teilungsanordnung i. e. S., ohne weiter auf die übrigen Teilungsanordnungen einzugehen. Da hier die These vertreten wird, daß die Teilungsanordnung i. e. S. sich ihrer rechtlichen Natur nach von den Teilungsanordnungen anderen Inhalts nicht unterscheidet, muß zuerst etwas für alle diese Anordnungen Allgemeingültiges gesagt werden, ehe auf die von Wertheim für die Teilungsanordnung i. e. S. vorgebrachten besonderen Argumente eingegangen werden kann.

Die Wirkungen eines Erbfalls beschränken sich nicht darauf, jedem einzelnen der Miterben ein Recht am Nachlaß zu verschaffen, welches man am besten als „Anteilsrecht“ [1]) bezeichnet, sondern sie erzeugen gleichzeitig ein durch die Gemeinschaft bedingtes schuldrechtliches Band zwischen den Miterben untereinander, eine Legalobligation, welche dazu dient, die ihrer Natur nach auf Auflösung gerichtete Zweckbestimmung der Erbengemeinschaft zu erfüllen und „den Uebergang der Vermögensstücke des Erblassers in das Einzelvermögen der Miterben zu vermitteln“. [2]). Im einzelnen besteht der Inhalt dieser Obligation in der Pflicht der Miterben, an der Verwaltung des Nachlasses mitzuwirken, den Nachlaß auseinanderzusetzen und gewisse Zuwendungen des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen.

Die Teilungsanordnung greift ein in diese Legalobligation, kraft der die Miterben untereinander verpflichtet sind, in eine nach den Bestimmungen der §§ 2042 ff. in Verb. mit §§ 749 ff. vorzunehmende Auseinandersetzung zu willigen. Die §§ 749 ff. haben aber größtenteils nur dispositiven Charakter, d. h. die Gemeinschafter können eine abweichende Regelung für die Aufhebung der Gemeinschaft treffen. Genau wie eine solche Vereinbarung der Gemeinschafter wirkt nun die Teilungsanordnung des Erblassers [3]), d. h. sie erzeugt Rechte und Pflichten zwischen den Miterben, sie verändert den Inhalt des gesetzlichen Schuldverhältnisses. Die Miterben sind sowohl Schuldner wie Gläubiger dieser Verpflichtungen, jeder kann von jedem ihre Erfüllung verlangen.

2. Systematisch hat die Anordnung des Erblassers eine gewisse Verwandtschaft mit der Erklärung, durch welche jemand das ihm nach § 317 BGB. von den Parteien eines Schuldverhältnisses übertragene Bestimmungsrecht ausübt. In beiden Fällen wird ein Schuldverhältnis durch einen außerhalb desselben stehenden Dritten beinhaltet. Speziell dem Erblasser ist von Gesetzes wegen die Rechtsmacht eingeräumt, die von ihm mit dem Erbfall begründeten Gemeinschaftsverhältnisse zu gestalten: nicht nur für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (§ 2048) oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1515), sondern auch für die Aufhebung

---

[1]) Ueber die rechtliche Natur dieses Anteilsrechts vgl. v. Tuhr, S. 356; Staudinger-Herzfelder § 2032 A. 2 Abs. 3. Vgl. auch Pringsheim: Rechtsstellung A III S. 28 ff.

[2]) v. Tuhr, S. 356. Vgl. im übrigen Binder III S. 58 ff. insbes. S. 67,

[3]) Vgl. Planck-Strohal, § 2044 A. 3.

einer simplen Bruchteilsgemeinschaft kann er letztwillige Anordnungen treffen (vgl. RG. 52 S. 176, Goldmann-Lilienthal, S. 796).

II. 1. a) Im Gegensatz zu dem hier für Teilungsanordnungen jedweden Inhalts Ausgeführten will Wertheim die sogenannte Teilungsanordnung i. e. S. als wechselseitiges Vorausvermächtnis konstruieren: „das Recht des bedachten Erben gegenüber den Miterben auf Uebertragung des zugewiesenen Gegenstandes ist ein Vermächtnis zugunsten des Bedachten, zu Lasten der übrigen Erben; das Recht der Miterben gegenüber dem Bedachten auf Ausgleichung ist ein Vermächtnis zugunsten der Miterben, zu Lasten des Bedachten." [4]). Dabei muß sie sich zuerst mit folgenden Gegenargumenten auseinandersetzen:

α) Die Erben können ihre Ansprüche grundsätzlich erst bei der Teilung und mit der Erbteilungsklage geltend machen, während die Nachlaßverbindlichkeiten schon vor der Teilung zu berichtigen sind (§ 2046). — β) Die Teilungsanordnung kann nur verwirklicht werden, wenn in diesem Zeitpunkt noch genügend Aktiva im Nachlaß vorhanden sind. — γ) Die Teilungsanordnung ist untrennbar vom Erbewerden des Zuweisungsempfängers. Die Ausschlagung der Erbschaft zieht auch die Unwirksamkeit der Teilungsanordnung nach sich, sofern sich diese nicht auch auf den demnächst zur Erbschaft Berufenen bezog. Der Ausschlagende kann in keinem Fall Uebereignung des ihm zugedachten Gegenstandes gegen Wertserstattung fordern. Umgekehrt kann der Erbe auch nicht den Erbteil ohne Teilungsanordnung erwerben. Mit dem Anfall der Erbschaft ist er bereits in der durch den Erblasser bestimmten Weise berechtigt und verpflichtet. Eine selbständige Ausschlagung des durch Teilungsanordnung Zugewiesenen ist nicht möglich [5]).

δ) Aus dem engen Zusammenhang von Teilungsanordnung und Erbeinsetzung folgt weiter: die nach §§ 2110, 2373 geltende Auslegungsregel, daß sich im Zweifel das Recht des Nacherben bezw. des Erbschaftskäufers nicht auf ein dem Vorerben (Erben) zugewendetes Vorausvermächtnis erstreckt, kann für das durch Teilungsanordnung Zugewiesene nicht gelten; mit dem Erbteil erwirbt der Nacherbe bezw. der Erbschaftskäufer auch jenes Vermögensstück bezw. einen Anspruch darauf.

Alles dies wird von Wertheim auch anerkannt. Nur zieht sie nicht die Konsequenz daraus, daß die Teilungsanordnung kein Ver-

---

[4]) S. 40.

[5]) Ueber die Ausschlagung des Uebernahmerechts bei der berechtigenden Teilungsanordnung vgl. § 6 S. 31.

mächtnis ist, sondern sie konstruiert die Teilungsanordnung i. e. S. als befristetes und doppelt bedingtes wechselseitiges Vorausvermächtnis: befristet auf den Zeitpunkt der Teilung, bedingt durch das Erbewerden des Bedachten und einen entsprechenden Ueberschuß im Nachlaß.

b) Man fragt unwillkürlich, wozu diese gewaltsame Konstruktion, wenn trotz Charakterisierung der Teilungsanordnung als eines Vermächtnisses zugegeben wird, daß die Mehrzahl der für das Vermächtnis geltenden Regeln auf die Teilungsanordnung keine Anwendung findet. Um zu beweisen, daß einige dieser Vorschriften auch für die Teilungsanordnung gelten, bedarf es nicht solch komplizierten Aufbaues. Das kann vielmehr aus dem in vielerlei Punkten dem Vermächtnis ähnlichen Charakter der Teilungsanordnung auch so gefolgert werden.

Wertheim verkennt sowohl den Begriff der Teilungsanordnung wie den des Vermächtnisses.

α) Was ein Miterbe infolge einer Teilungsanordnung (i. e. S.) erhält, ist nichts anderes als sein Erbteil. Freilich ist der Erbteil materiell ein anderer als der, den er ohne Teilungsanordnung erhalten hätte; er ist aber begrifflich nichts anderes als der ihm vor der Auseinandersetzung zugehörige „Anteil am Nachlaß" in einem fortgeschritteneren Stadium. Durch die Teilungsanordnung kann der Erblasser dem „Anteil" eine bestimmte Entwicklung vorschreiben; aber dadurch kann der Anteil begrifflich nichts anderes werden als er ist, nämlich der Erbteil. — Beim Vorausvermächtnis lassen sich wohl Erbe und Vermächtnisnehmer durch Hinzufügung einer Bedingung so verbinden, daß sie immer in einer Person zusammenfallen müssen; aber begrifflich behält der betreffende Empfänger stets die zwei Qualifizierungen. Bei der Teilungsanordnung ist der Empfänger nur Erbe.

β) Die durch ein Vermächtnis begründete Forderung gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967). Der Gläubiger dieser Forderung ist Nachlaßgläubiger. Die Teilungsanordnung dagegen begründet Berechtigungen und Verpflichtungen der Miterben untereinander [6]).

γ) Ein Vermächtnis ist nach § 1939 die Zuwendung eines Vermögensvorteils durch Verfügung von Todes wegen, die nicht Erbeinsetzung ist. Wertheim sieht den Vermögensvorteil auf Seiten des Bedachten in dem Recht, den Gegenstand zu übernehmen. Es ist

---

[6]) Vgl. Kretzschmar, Sächs. A. S. 153. Ebenso Kreß, S. 296.

richtig, daß Vermögensvorteil keine Vermögensmehrung bedeutet, auch eine Erwerbsmöglichkeit oder die Sicherung einer Forderung ist Vermögensvorteil [7]). Aber die hier behandelte Teilungsanordnung (anders die berechtigende Teilungsanordnung vgl. § 6) gibt dem Benannten nicht nur ein Uebernahmerecht, sie legt ihm auch die Uebernahmepflicht auf. Mit dem Erwerb des Rechts, die Auseinandersetzung nach der Anordnung des Erblassers zu fordern, verliert der Erbe das Recht, die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regeln zu fordern. Das Miteigentum, an dem der Erbe teil hatte, hat — in Kohlers [8]) Ausdrucksweise — nicht mehr das ihm vom Gesetzgeber, sondern das ihm vom Erblasser eingeimpfte Teilungsbestreben. Diese unabhängig vom Willen des Erben vollzogene Rechtsänderung braucht keinen Vermögensvorteil für ihn zu enthalten.

Es steht also fest, daß die Teilungsanordnung nicht als wechselseitiges Vorausvermächtnis konstruiert werden kann. An der selbständigen Natur der Teilungsanordnung kann nicht mehr gezweifelt werden.

2. a) Nunmehr kann versucht werden, den Fall zu analysieren, der konstruktiv weit größere Schwierigkeiten bietet: die Teilungsanordnung mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis. Daß eine solche Anordnung, auch wenn sie nicht den vollen Gegenwert der Sache zur Ausgleichung bringt, doch unter den Begriff der Teilungsanordnung fällt, ist schon im § 1 S. 3 gesagt worden.

In der Entscheidung vom 27. 2. 1908 [9]) erklärt das Reichsgericht, daß eine Teilungsanordnung mit zu niedrigem Uebernahmepreis eine Bevorzugung des einen Miterben gegenüber den anderen enthalte, und daß sie „einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg habe, wie wenn dem Erben ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre." „Dieser wirtschaftliche Erfolg ist aber für die Bestimmung des rechtlichen Charakters einer Anordnung des Erblassers nicht entscheidend" [10]). Es ist nach diesen Worten ganz klar, daß das Reichsgericht, solange etwas auf den Erbteil anzurechnen ist, an der selbständigen Natur der Teilungsanordnung festhält.

b) Mit diesem Urteil steht die Entscheidung vom 21. Febr. 1924 [11]) in Widerspruch. Nach den Angaben des Tatbestandes konnte nicht

---

7) Vgl. RGRK. § 1939 A. 3.
8) Arch. f. Ziv.Pr. Bd. 91 § 7.
9) Seuff. A. 63 S. 404.
10) Ebenso Kreß, S. 206.
11) RG. 108, S. 84.

ermittelt werden, ob der vom Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis den wahren Wert der Sache erreichte. Das Reichsgericht äußert sich folgendermaßen: „ob der Erblasser den Uebernahmepreis etwas geringer bemessen hat als dem wahren Wert des Grundstücks damals entsprach, und ob deshalb in der Teilungsanordnung insoweit zugleich auch ein Vorausvermächtnis enthalten ist, kann .... dahingestellt bleiben.“ Das bedeutet: entspricht der Uebernahmepreis nicht dem wahren Wert, dann liegt in der Teilungsanordnung insoweit auch ein Vorausvermächtnis. In der Entscheidung vom 27. Februar 1908 hieß es aber: der vermächtnisähnliche wirtschaftliche Erfolg ist für die Bestimmung des rechtlichen Charakters nicht entscheidend. Da beide Entscheidungen vom 4. Senat ergangen sind, muß man wohl annehmen [12]), daß dieser mit der späteren Entscheidung seine frühere Ansicht hat aufgeben wollen.

Mit dem Ergebnis der zweiten Entscheidung scheinen sich auch die Anschauungen zweier anderer oberster Gerichte zu decken, des Reichsfinanzhofs [13] und des Bayerischen Obersten Landesgerichts [14]). Beide fügen allerdings hinzu, daß der Erblasser absichtlich, um den betreffenden Erben zu begünstigen, den Anrechnungspreis unter den wahren Wert festgesetzt haben muß. Der Reichsfinanzhof meint, dann würde insoweit „ein Vermächtnis und zwar ein sogenanntes Vorausvermächtnis in Frage kommen“. Das Bayerische Oberste Landesgericht „läßt dahingestellt“, ob in einer solchen Bestimmung „neben der darin enthaltenen Teilungsanordnung rechtlich ein Vorausvermächtnis erblickt werden kann“. Aus der ganzen Entscheidung geht aber hervor, daß das Bayerische Oberste Landesgericht zur Bejahung der Frage neigt [15]). — Dieser Lehre folgen ferner Planck-Flad [16]), Staudinger-Herzfelder [17]), Reichsgerichtsrätekommentar [18]), Wilke [19]) und Leonhard [20]).

Die Teilungsanordnung mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis soll angeblich eine Teilungsanordnung und zugleich ein Vorausvermächtnis sein. Es ist unter II. 1 gezeigt worden, daß die für das Vermächtnis und die für die Teilungsanordnung gelten-

---

12) So auch Nathan, S. 36.
13) Vgl. JW. 1928 S. 3071.
14) Vgl. Bay. ObLGZ. 14 S. 401 ff.
15) Vgl. insb. S. 405.
16) § 2150 A. 3 Abs. 1.
17) § 2048 A. 1 Abs. 4.
18) § 2048 I 1.
19) § 2150 A. 4.
20) § 2048 I.

den Grundsätze sich in hohem Maß gegenseitig ausschließen. Ja, der Rechtsbegriff der Teilungsanordnung ist (insoweit unter Zustimmung der herrschenden Lehre) geradezu im Gegensatz zum Vermächtnis entwickelt worden. Wie können also die Regeln der Teilungsanordnung und die des Vermächtnisses gleichzeitig gelten? — Nehmen wir an, ein Vater habe seinen drei Söhnen ein Reinvermögen von 120 000 Mark hinterlassen. Dem ältesten Sohn weist der Vater ein bestimmtes Grundstück im Wert von 30 000 Mark zu, wofür dem Sohn ein Betrag von 20 000 Mark vom Erbteil abzuziehen ist. Läge in dieser Bestimmung ein Vermächtnis in Höhe von 10 000 Mark, dann tauchten die Fragen auf, ob der betreffende Sohn die Erbschaft ausschlagen und nur die 10 000 Mark fordern darf, ob er diese schon vor der Auseinandersetzung verlangen kann, ob, wenn er das Vermächtnis ausschlägt, die Teilungsanordnung übrig bleibt, sodaß er das Grundstück gegen Anrechnung von 30 000 Mark zugewiesen erhält und anderes mehr [21]).

Die herrschende Lehre verneint alle diese Fragen und behandelt die Verfügung nach denselben Rechtssätzen wie jede andere Teilungsanordnung. Sie glaubt, die Vermächtnisnatur deshalb nicht leugnen zu können, weil die gesetzlichen Begriffsmerkmale des Vermächtnisses vorlägen. In der Tat enthält die Zuweisung einen Vermögensvorteil außerhalb der Erbeinsetzung. Die Lehre findet sich also mit dem Ergebnis ab, daß die Verfügung des Erblassers die Begriffsmerkmale des Vermächtnisses enthält, daß aber nicht die diesem innewohnenden Rechtssätze, sondern die für die Teilungsanordnung geltenden Regeln Anwendung finden.

c) Den hierin liegenden Widerspruch versuchen Nathan und Kuetgens zu lösen. Nathan [22]) schließt einfach solche Anordnungen eines Erblassers, welche die Begriffsmerkmale des Vermächtnisses erfüllen (und diese sieht er auch bei der Teilungsanordnung mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis als gegeben an) von dem Begriff der Teilungsanordnung aus. Wie erklärt es sich aber dann, daß trotzdem die für die Teilungsanordnung geltenden Rechtssätze unbestritten Anwendung finden? — Kuetgens [23]) erklärt, daß, wenn der Erblasser die Rechtsfolgen der Teilungsanordnung eintreten lassen will, eben eine Teilungsanordnung und kein Vermächtnis vorliege. Darüber, daß alle Begriffsmerkmal des Vermächtnisses scheinbar erfüllt sind, geht er hinweg.

---

[21]) Weitere Fragen bei Nathan S. 33 ff.

[22]) a. a. O.

[23]) § 3.

Flad[24]) erklärt die Tatsache, daß auch diese Anordnung nur wirksam werde, wenn der Benannte Erbe wird, und wenn nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten genug im Nachlaß vorhanden ist, mit der Annahme eines doppelt bedingten Vermächtnisses. Die Geltung der anderen der Teilungsanordnung innewohnenden Rechtssätze wird nicht erklärt. Vielleicht könnte man durch Annahme einiger weiterer Bedingungen und Befristungen zu einer Erklärung kommen. Dann wäre die Vermächtnisnatur glücklich bewiesen. Allerdings hätte „ein solches Vermächtnis den Charakter der Selbständigkeit fast völlig verloren".[25]).

d) Diese rein konstruktive Lösung kann nicht befriedigen. Soll in unserem Beispiel der vom Erblasser Benannte das Grundstück zu zwei Dritteln als Erbe und zu einem Drittel als Vermächtnisnehmer erhalten? Erhält er nicht vielmehr das ganze Grundstück in seiner nämlichen Stellung als Erbe? Der Fehler, der unterlaufen ist, liegt u. E. darin, daß der Begriff des Vermächtnisses rein nach dem Wortlaut des § 1939 definiert worden ist. In Wahrheit läßt sich ein Rechtsinstitut nicht aus dem Wortlaut, sondern nur aus seiner ganzen Stellung im Gesetz erfassen. Danach ist aber das Vermächtnis als Nachlaßverbindlichkeit konstruiert (§ 1967), der Vermächtnisnehmer ist Nachlaßgläubiger, also begrifflich den Erben geradezu entgegengesetzt. — Anders war es beim altrömischen „legatum per praeceptionem": „Subjekt des Präzeptionslegats ist der Erbe als solcher, d. h. er vereinigt nicht etwa in seiner Person die zwei Rollen eines Erben und eines Legatars als voneinander verschiedene, sondern seine Eigenschaft als Legatar ist lediglich eine nähere Bestimmung seiner Eigenschaft als Miterbe, sodaß jene nicht anders geltend gemacht werden kann, als durch Geltendmachung dieser." [26]). Diese Eigenschaften hat das spätere Prälegat sowie das heutige Vorausvermächtnis nicht mehr. Es ist nicht richtig, wenn Kohler[27]) das Vorausvermächtnis im bürgerlichen Recht als ein eine „Gemeinschaft mit Zwangsteilung"[28]) enthaltendes Institut darstellt. Was der einzelne kraft des Vorausvermächtnisses erhält, erhält er nicht als Erbe, nicht als Gemeinschafter, sondern als Vorausvermächtnisnehmer. Erkennt man dies an, so kommt man zur Ab-

---

[24]) Planck-Flad, § 2150 A. 3 Abs. 1.
[25]) Marcuse, S. 62.
[26]) Hölder, S. 81.
[27]) S. 365.
[28]) Darunter versteht Kohler eine Gemeinschaft der vom Erblasser ein bestimmtes Teilungsbestreben eingeimpft ist, sodaß jeder der Gemeinschafter eine Teilung in diesem Sinn begehren kann.

lehnung der Vermächtnisnatur einer Teilungsanordnung mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis; denn diese Anordnung erzeugt eine wirkliche Gemeinschaft mit Zwangsteilung: das Anteilsrecht des betreffenden Miterben wird (in dem oben gegebenen Beispiel) so entwickelt, daß diesem anstelle eines Wertes von 20 000 Mark das bestimmte Grundstück bei der Auseinandersetzung zuzuteilen ist. Wenn die Teilungsanordnung mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis aber kein Vermächtnis, sondern nur eine Teilungsanordnung ist, dann können auch nur die Rechtssätze über die Teilungsanordnung, nicht die des Vermächtnisses auf sie Anwendung finden. Damit fallen alle Widersprüche fort.

Wenn wir das gewonnene Ergebnis mit jener älteren Reichsgerichtsentscheidung vom 27. Februar 1908, von der der Senat später abgewichen ist, vergleichen, stellen wir völlige Uebereinstimmung fest. Dort hieß es: eine solche Teilungsanordnung könne „einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg haben wie wenn dem Erben ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre". Unleugbar, derselbe wirtschaftliche Erfolg ist vorhanden. Aber „dieser wirtschaftliche Erfolg ist für die Bestimmung des rechtlichen Charakters nicht entscheidend." Auch das ist bewiesen worden. Die ältere Stellungnahme des Reichsgerichts bekräftigt also das gewonnene Ergebnis.

III. Schließlich soll noch die vom Reichsgerichtsrätekommentar vertretene Ansicht[29]) widerlegt werden, daß die negative (dispositive) Teilungsanordnung ihrer rechtlichen Natur nach ein Vermächtnis sei. Zugewendet soll angeblich jedem Miterben zu Lasten der übrigen das Recht sein, die Vornahme der Auseinandersetzung zu verweigern. Unberücksichtigt bleibt dabei, daß nach § 2174 ein Vermächtnis immer nur eine Forderung des Bedachten gegen den Beschwerten begründet; ein Vermächtnis mit dinglicher Wirkung (Vindikationslegat) kennt das BGB. nicht. Durch die den Aufschub[30]) der Auseinandersetzung verordnende Verfügung werden aber die Miterben nicht nur verpflichtet, den ihnen nach § 2042 zustehenden Anspruch auf jederzeitige Auseinandersetzung aufzugeben, sondern dieser Anspruch wird ipso iure inhaltlich verändert, er entsteht im Augenblick des Erbfalls schon als betagter. Die Anordnung hat also im Gegensatz zum Vermächtnis insoweit gestaltende Kraft[31]). — Deshalb soll nicht

[29]) § 2044 A. 1.

[30]) Eine eigentliche Ausschließung ist unmöglich, da ja die vom Erblasser auf unbestimmte Zeit angeordnete Ausschließung spätestens nach 30 Jahren unwirksam wird.

[31]) Strohal, § 65 I1 3; Kipp, § 84 IV 3 a.

bestritten werden, daß die Verfügung manche Aehnlichkeit mit dem Vermächtnis hat; so kann insbesondere der zugunsten eines Erben angeordnete Ausschluß einen Vermögensvorteil für ihn enthalten[32]). Aber sie läßt sich ihrer Natur nach nur unter den Begriff der Teilungsanordnung bringen.

§ 6.

Die berechtigende Teilungsanordnung.

I. Man unterscheidet berechtigende und verpflichtende Teilungsanordnungen (vgl. § 1 III S. 4)[1]). Die Zulässigkeit einer solchen Unterscheidung leugnen Marcuse[2]) und Wertheim[3]). Sie behaupten, alle Teilungsanordnungen seien verpflichtende in dem Sinn, daß der begünstigte Erbe niemals die Wahl habe, zwischen der Möglichkeit, sich mit der Anordnung einverstanden zu erklären, demgemäß also den zugewiesenen Gegenstand zu fordern, und dem Recht, von der Teilungsanordnung keinen Gebrauch zu machen, d. h. die Teilung nach den gesetzlichen Vorschriften zu verlangen. Für Wertheim folgt dieses Ergebnis aus ihrer Konstruktion der Teilungsanordnung als wechselseitigem Vorausvermächtnis. Marcuse glaubt, daß es an der gesetzlichen Grundlage für die Zulässigkeit der berechtigenden Teilungsanordnung fehlt. — In Wahrheit folgt ihre Zulässigkeit nicht nur aus historischen Gründen[4]), sondern auch aus dem unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes: vgl. §§ 1515, 2049 und vor allem § 2312: („hat der Erblasser angeordnet …., daß einer von mehreren Erben das Recht haben soll ein zum Nachlaß gehöriges Landgut …. zu übernehmen, so ist, wenn von dem Recht Gebrauch gemacht wird …“).

II. 1. Inhalt der berechtigenden Teilungsanordnung ist das einem der Miterben zugewandte Recht, durch eine den übrigen Miterben gegenüber abzugebende Gestaltungserklärung gegenseitige Rechte und Pflichten für die Auseinandersetzung zu begründen. Es muß nunmehr die rechtliche Natur einer solchen Anordnung klargestellt werden.

Bei der Untersuchung der verpflichtenden Teilungsanordnung im § 5 handelte es sich um die rechtliche Natur derjenigen Verfü-

---

32) Kipp, a. a. O.

1) Vgl. auch Berolzheimer, Arch. f. ziv. Pr. 117, S. 404.

2) S. 58.

3) S. 56.

4) Schon im preußischen Recht war ihre Zulässigkeit anerkannt. Vgl. KG. in KGJ. 5 S. 136, KGJ. 14, S. 106.

gung des Erblassers, die selbst das Miterbenverhältnis nach einer bestimmten Richtung gestaltete; hier steht die Konstruktion der Anordnung, die einem Miterben ein solches Gestaltungsrecht einräumt, in Frage. — Abzulehnen ist die vom Kammergericht [5]) nach einigem Schwanken [6]) auch schon für das ALR. verworfene Konstruktion, daß es sich hierbei um ein Vermächtnis der zu übernehmenden Sache handle, das von der Bedingung der Anrechnung des Wertes in den Erbteil abhängig sei. Hiergegen sind alle im § 5 (insbesondere S. 23 ff.) behandelten Gründe anzuführen. Einleuchtender scheint die Auffassung der berechtigenden Teilungsanordnung als Vermächtnisses des Rechts, die Auseinandersetzung nach bestimmter Richtung zu beeinflussen. Diese Auffassung hat sich das Kammergericht für das ALR. zu eigen gemacht [7]). Ihre Begründetheit für das damalige Recht und ihre Unrichtigkeit für das heutige Recht folgt daraus, daß das ALR. noch das Vindikationslegat kannte, während nach § 2174 BGB. das Vermächtnis immer nur eine Forderung begründet. Durch den Erbfall ist der betreffende Erbe Inhaber des Rechts geworden, durch eine Erklärung die Mitberechtigungen der Erbengemeinschaft zu gestalten. Dieses Recht braucht ihm nicht erst von den Erben übertragen zu werden. Es ist ihm mit dem Erbfall ipso iure angefallen.

2. Die berechtigende Teilungsanordnung läßt sich unter keinen der uns bekannten Begriffe unterordnen. Es handelt sich um eine unmittelbar mit dem Erbfall erfolgende Rechtsschaffung, wie sie ähnlich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2197) oder die Benennung eines Dritten, nach dessen billigem Ermessen die Auseinandersetzung zu geschehen hat (§ 2048 Satz 2), darstellen. Im System des Erbrechts ist eine solche unmittelbare Rechtsschaffung also nichts besonderes. — Dieses Recht ist ein Gestaltungsrecht [8]); es berechtigt dazu, dem unter den Erben bestehenden Miteigentum dasjenige Teilungsbestreben einzuimpfen, das zu geben sonst nur der Erblasser oder alle Miterben zusammen imstande sind. — Aus der Anerkennung der berechtigenden Teilungsanordnung im § 2312 folgt, daß dieses Recht nicht dem Verbot der Vertretung im letzten Willen (§ 2065) widerspricht. Im übrigen ergibt § 2048 Satz 2 (argumentum a fortiori), daß, wenn der Erblasser einem anderen das Recht einräumen kann, in den Grenzen des billigen

[5]) KGJ. 14, S. 106.

[6]) Vgl. noch KGJ. 5 S. 136.

[7]) KGJ. 14 S. 106.

[8]) Vgl. Seckel, S. 207 A. 2, Kipp, § 85 IV.

Ermessens Anordnungen für die Auseinandersetzung zu geben, es erst recht nicht unzulässig sein kann, in einer vom Erblasser bereits angegebenen Richtung Bestimmungen für die Auseinandersetzung treffen zu dürfen.

Kipp [9]) weist mit Recht auf die vermächtnisähnliche Natur der berechtigenden Teilungsanordnung hin. Das Recht, eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Auseinandersetzung zu fordern, stellt sich — auch wenn der zu übernehmende Gegenstand zum vollen Wert angerechnet werden soll — als Vermögensvorteil dar; denn die Wahl zwischen Ausübung und Nichtausübung des Rechts bedeutet eine Rechtsmehrung. Es ist auch anzunehmen, daß dieses Recht wie ein Vermächtnis ausgeschlagen werden kann [10]). Denn jede durch Verfügung von Todes wegen ungewollt erlangte Rechtsstellung muß durch Ausschlagung oder Ablehnung beseitigt werden können (arg. §§ 1942, 2142, 2176, 2202) [11]). Das Ausschlagungsrecht wird allerdings infolge der Möglichkeit, das Gestaltungsrecht nicht auszuüben, meist wenig Bedeutung haben [12]).

§ 7.

Die zwingende Teilungsanordnung.

I. Soweit im Schrifttum überhaupt ein Unterschied zwischen dispositiven und zwingenden Teilungsanordnungen gemacht wird, wird diese Einteilung meist auf die negativen Teilungsanordnungen beschränkt [1]). Es ist aber durch nichts gerechtfertigt, Teilungsanordnungen anderen Inhalts nur mit dispositiver Wirkung zuzulassen. Zwar wird im Zweifel der Wille des Erblassers auf diese gerichtet sein, denn der Hauptzweck der Teilungsanordnung ist, Streitigkeiten der Miterben vorzubeugen. Oft wird aber die Teilungsanordnung des Erblassers auch einem Interesse an der Sache selbst entspringen; so wenn er eine ihm besonders teuere Sache einem Miterben zuweist, von dem er weiß, daß er sie pfleglich behandeln wird; oder wenn er die Versteigerung eines Gutes nur unter den Söhnen anordnet, weil er es in der Familie erhalten wissen will. In solchen

---

[9]) § 85 IV 1.

[10]) Kipp, a. a. O.

[11]) Vgl. v. Tuhr, I S. 204 A. 6.

[12]) Bedeutung hat es im Steuerrecht. Vgl. Kipp Erbschaftssteuerges. § 2 A. 48.

[1]) Leonhard, § 2044 II; Kipp, § 84 IV 3 a, b; Planck-Flad § 2044 A. 3.

Fällen würde es dem Willen des Erblassers widersprechen, wenn die Miterben eine abweichende Auseinandersetzung vereinbarten.

II. 1. Es fragt sich, wie eine solche Anordnung rechtlich zu konstruieren ist. Im Schrifttum ist es sehr bestritten, ob man die zwingende Teilungsanordnung unter den Begriff der Auflage bringen kann[2]). Der Inhalt dieser Auflage ist verschieden je nach dem Inhalt der Teilungsanordnung. Bei der negativen Teilungsanordnung z. B. ginge die Auflage auf ein Unterlassen, nämlich darauf, den Auseinandersetzungsanspruch (§ 2042) eine bestimmte Zeit (höchstens 30 Jahre) lang nicht geltend zu machen. Bei der Teilungsanordnung i. e. S. würde der Inhalt der Auflage auf ein Unterlassen und auf ein Tun gehen: nämlich darauf, die Geltendmachung des Anspruchs auf g e s e t z l i c h e Teilung zu unterlassen und statt dessen in eine der Teilungsanordnung entsprechende Auseinandersetzung zu willigen. Gegen die Konstruktion der zwingenden Teilungsanordnung als Auflage zu Lasten sämtlicher Erben sind nun folgende Bedenken erhoben worden:

a) Wenn die Anordnung nur verpflichtende Kraft habe, so seien die Miterben einerseits verpflichtet, sich auf die gesetzliche Auseinandersetzung nicht einzulassen; andererseits seien sie nach § 2042 gerade im Gegenteil dazu verpflichtet, in die gesetzliche Auseinandersetzung einzuwilligen; hier läge ein innerer Widerspruch[3]). Wenn aber die Anordnung den gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruch mit gestaltender Kraft ausschlösse, so stünde das im Widerspruch zur Natur der Auflage. — Dies Bedenken ist eigentlich schon durch die oben gegebene Bestimmung des Inhalts der Auflage entkräftet. Sieht man nämlich den Inhalt der Auflage als darauf gerichtet an, die Geltendmachung des Anspruchs auf gesetzliche Teilung zu unterlassen, und statt dessen in eine der Teilungsanordnung entsprechende Auseinandersetzung zu willigen, so wird unter Wahrung der nur verpflichtenden Wirkung der Auflage eine Pflichtenkollision vermieden. Würde nämlich ein Miterbe jetzt seinen gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruch geltend machen, so würde er damit der Auflage zuwider handeln, und die übrigen Miterben brauchten, ja dürf-

---

[2]) Für Teilungsanordnungen jeglichen Inhalts bejahend: RGRK. § 2048 A. 1, § 2044; wohl auch Planck-Strohal § 2048 A. 4, § 2044 A. 3; vgl. auch Strohal § 65 II 3; nur für die negative Teilungsanordnung bejahend: Leonhard § 2044 II; Planck-Flad § 2044, 3; Kipp § 84 IV 3 b; Planck-Rittgen § 2278 A. 2 c. Verneinend: Kretzschmar § 87 I₁ 4 b; Staudinger-Herzfelder § 2044 A. 1; Kreß, S. 231 Nr. 16; Endemann § 138 II c 3.

[3]) Binder, S. 248, vgl. dazu auch Strohal, § 65 II 3.

ten seinem Verlangen nicht stattgeben. — Daß wir oben (S. 28) der dispositiven Teilungsanordnung gestaltende Kraft, d. h. die Kraft, den Auseinandersetzungsanspruch inhaltlich zu verändern, beigelegt haben, verpflichtet uns nicht dazu, auch die zwingende Teilungsanordnung mit gestaltender Kraft auszustatten: denn u. E. ist die zwingende Teilungsanordnung nicht nur ihrem Zweck, sondern auch ihrer rechtlichen Natur nach von der dispositiven Teilungsanordnung durchaus verschieden.

b) Gegen die Konstruktion der zwingenden Teilungsanordnung als Auflage ist weiterhin gesagt worden: es gehöre zum Begriff der Auflage, daß niemandem ein Recht auf diejenige Leistung zugewendet werde, die der Beschwerte zu machen verpflichtet sei (arg. § 1940). Wie könne also die zwingende Teilungsanordnung, deren Befolgung jeder Miterbe von den übrigen Miterben verlangen kann, als Auflage bezeichnet werden? [4]).

Auch diese Argumentation ist unrichtig. Freilich ist jeder Miterbe berechtigt, die Befolgung der Teilungsanordnung zu fordern. Dieses Recht steht ihm jedoch nicht im eigenen Interesse zu, sondern kraft Gesetzes (§ 2194) als Auflageberechtigtem [5]). Daß der Erblasser ihm kein eigenes Forderungsrecht zuwenden wollte, ergibt sich gerade daraus, daß er eine abweichende Vereinbarung sämtlicher Miterben ausschließen wollte. Würde man jener Ansicht folgen, so wäre solche Vereinbarung gültig, denn über ein ihm im eigenen Interesse zustehendes Recht kann der Erbe frei verfügen. Sieht man dagegen den Erben nur als den Auflagevollziehungsberechtigten an, so würde ein von der Teilungsanordnung abweichender Auseinandersetzungsvertrag einen Verzicht auf die Befolgung der Auflage enthalten, und deshalb, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein [6]). Dies entspricht gewiß dem Willen des Erblassers mehr.

2. Nach diesen Betrachtungen stehen der Konstruktion der zwingenden Teilungsanordnung als Auflage rechtliche Bedenken nicht mehr entgegen. Eine Einschränkung muß freilich noch gemacht werden: die im § 2044 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 der Wirksamkeit der negativen Teilungsanordnung gesetzten Grenzen müssen auch für die

---

[4]) Vgl. Staudinger-Herzfelder § 2044, A. 1.

[5]) Vgl. Binder S. 246 ff.; RGRK. § 2044.

[6]) Aehnlich Brettner, S. 224 ff. — Vgl. im übrigen hierzu Leonhard, § 2194 II B 3 und Planck-Flad § 2194 1 a. E. — Die Frage, ob der Verzicht auf Befolgung einer Auflage gegen die guten Sitten verstößt, ist freilich sehr bestritten.

zwingende negative Teilungsanordnung gelten [7]. Im übrigen gelten die Vorschriften über Auflagen, insbesondere § 2194: die Befolgung der Anordnung können auch diejenigen verlangen, denen der Wegfall der Miterben zustatten kommen würde. Freilich werden dies in vielen Fällen kraft des Anwachsungsrechts wiederum die Miterben selbst sein, sodaß Auflagebeschwerte und Auflageberechtigte völlig zusammenfallen. Nur wenn die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, so z. B. beim Ausschluß der Auseinandersetzung bezüglich eines öffentlichen Parkes oder einer öffentlichen Bibliothek, kann auch die zuständige Behörde Befolgung der Anordnung verlangen. Sonst wird der Erblasser am besten durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers [8]) oder dadurch, daß er die Befolgung der Anordnung zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung macht, für die Durchsetzung seines letzten Willens sorgen können [9]).

§ 8.

Die Teilungsanordnung, die die Auseinandersetzung dem billigen Ermessen eines Dritten überläßt (§ 2048 Satz 2).

I. 1. § 2048 Satz 2 erwähnt als besonderen Fall der Teilungsanordnung die auch schon im gemeinen Recht zulässige [1]) Bestimmung des Erblassers, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Diese Bestimmung hat eine gewisse Aehnlichkeit mit der berechtigenden Teilungsanordnung, denn auch sie verleiht einem anderen eine Rechtsmacht, die sonst nur der Erblasser oder alle Miterben zusammen haben, eine Rechtsmacht freilich, die in den Grenzen des billigen Ermessens liegt. Wenn man mit Kipp [2]) solche letztwilligen Verfügungen unterscheidet, durch welche „der Verbleib des Vermögens materiell geregelt wird“, und solche „durch die Zuständigkeiten im Interesse der Verwirklichung der Anordnungen des Erblassers über den Verbleib seines Vermögens begründet werden“, muß man die Bestimmung des § 2048 Satz 2 zu den letzteren zählen.

2. Dieser Charakter der Anordnung als zuständigkeitsbegründender Norm hat zur Folge gehabt, daß man eine andere zu dieser Kategorie gehörende Anordnung, nämlich die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, aus § 2048 Satz 2 hat

---

[7]) Kipp § 84 IV 3 b.
[8]) Vgl. § 3 III 2 a. a. E.
[9]) Strohal, § 65 II 3.
[1]) Vgl. RG. 21 S. 190.
[2]) § 9 I.

herleiten wollen[3]). — Schon die Motive[4]) stellten es als eine sich aus § 2048 ergebende Folgerung hin, daß der Erblasser auch ein schiedsrichterliches Verfahren letztwillig bestimmen könne. Diese Folgerung ist unrichtig. Es kann hier dahingestellt bleiben, woraus sich die Zulässigkeit einer letztwilligen Schiedsgerichtsklausel ergibt, ob unmittelbar aus § 1048 ZPO.[5]) oder ob aus dem Grundsatz der Testierfreiheit heraus[6]). Jedenfalls nicht aus § 2048. Denn dann könnte der Erblasser ein Schiedsgericht doch nur für Streitigkeiten über die Auseinandersetzung einsetzen; woraus dann die Zulässigkeit der Einsetzung von Schiedsgerichten für andere Streitigkeiten folgt, wird nicht gesagt. Ferner: bei der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel wird vorausgesetzt, daß der Wille des Erblassers vollständig und erschöpfend ist, nie darf der Schiedsrichter den Willen des Erblassers ergänzen[7]). Die Bestimmung des Dritten nach § 2048 Satz 2 dient dagegen der Vervollständigung des erblasserischen Willens[8]).

Richtigerweise muß vielmehr aus § 2048 Satz 2 nicht die Begründung, sondern eine Beschränkung der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel gefolgert werden. § 2048 Satz 2 läßt die Bestimmung des Dritten immer nur in den Grenzen des billigen Ermessens zu; ob diese Billigkeit gewahrt ist, unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung. Die Entscheidung aber, die ein Schiedsrichter fällt, müssen die ordentlichen Gerichte in jedem Fall als bindend hinnehmen. Es kann nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben, daß es zulässig sein soll, durch letztwillige Einsetzung eines Schiedsgerichts die gerichtliche Nachprüfung der Billigkeit der Bestimmung auszuschließen. Es muß vielmehr angenommen werden, daß hier die letztwillige Schiedsgerichtsklausel unzulässig ist[9]).

II. 1. Die Anordnung, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll, bedeutet, daß der Dritte die Auseinandersetzung abweichend von den im Gesetz (§§ 749 ff.) vorgeschriebenen Grundsätzen regeln kann, sofern er dabei die Grenzen des billigen Ermessens nicht überschreitet. Als „Dritte“ kann der Erblasser auch einen oder einige der Miterben benennen[10]).

---

[3]) Vgl. Wilke, § 2048 A. 1; Kreß, S. 262.
[4]) Mot. V 688.
[5]) Planck-Strohal, Vorbem. §§ 1937—1941 1. Abs.
[6]) So RG. 100 S. 76; Stein-Jonas, § 1048 I.
[7]) Vgl. RG. 100 S. 76 ff.
[8]) Vgl. ausführlich bei van Cleef S. 31 ff.
[9]) Vgl. Kipp § 128; Planck-Flad Vorbem. § 1937—1941 2 c; Staudinger-Herzfelder § 1937 A. 3.
[10]) Vgl. RG. 110 S. 271.

2. a) „Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist.“ (§ 2048 Satz 3). Das bedeutet doch augenscheinlich, die verpflichtende Wirkung tritt nicht ein, die Bestimmung wird als nicht getroffen angesehen. Wie Planck-Flad [11]) demgegenüber behaupten können, die Bestimmung könne „auf Klage eines Miterben oder des Testamentsvollstreckers durch gerichtliches Urteil aufgehoben werden“, ist angesichts des klaren Gesetzestextes nicht recht verständlich. Wenn die Miterben sich darüber einig sind, daß die Bestimmung unbillig war, können sie nunmehr die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen oder nach vertragsmäßigen Grundsätzen vornehmen [12]).

b) Es kann aber auch ein jeder auf Bestimmung der Auseinandersetzung durch Urteil klagen. Die Klage ist gegen die die Unbilligkeit bestreitenden Miterben zu richten [13]). Das Gericht hat dann selbst die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen zu bestimmen [14]). Planck-Flad versagen dem Gericht dieses Recht; aber welchen Zweck soll § 2048 Satz 3 Halbsatz 2 haben, wenn das Gericht die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regeln bestimmen soll? Auch ohne das Urteil hätte die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen.

Das Urteil hat konstitutive Kraft; es schafft Verpflichtungen der Miterben untereinander dahingehend, die Auseinandersetzung nach den getroffenen Bestimmungen vorzunehmen. Dingliche Kraft besitzt das Urteil nicht; die zur Auseinandersetzung erforderlichen Uebertragungsakte müssen also noch vorgenommen werden.

3. Es kann sein, daß der Dritte, den der Erblasser benannt hat, nicht in der Lage oder nicht Willens ist, die Bestimmung zu treffen, oder daß er sie verzögert. Es fragt sich, was die Erben in einem solchen Fall tun können. Die einen [15]) wollen auch hier — analog § 319 — jedem Erben das Recht geben, die Bestimmung durch gerichtliches Urteil zu fordern. Die anderen [16]) sehen für diese Fälle die Anordnung des Erblassers als nicht getroffen an und geben

---

[11]) § 2048 A. 1. Abs. 2.
[12]) Strohal § 65 A. 14.
[13]) Vgl. Staud.-Herzfelder § 2048 A. 2 Abs. 3.
[14]) Vgl. RGRK. § 2048 A. 3.
[15]) Planck-Flad § 2048 A. 1; RGRK. § 2048 A. 3; Wilke § 2048 A. 1; Strohal § 65 III 3.
[16]) Staud.-Herzfelder § 2048 A. 2 a. E.; Kretzschmar § 87 II 1 1 d; Dernburg BGB. V § 179 V 2 a; Weißler S. 27. Warneyer § 2048 III; Kreß S. 262.

jedem Erben nur das Recht auf Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regeln. — Aus § 319 kann man kaum Folgerungen ziehen: die Analogie ist genau so gefährlich wie das argumentum e contrario daraus, daß dort die Bestimmung durch Urteil ausdrücklich angeordnet ist. Man wird vielmehr auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers abstellen müssen. Hat der Erblasser, um Streitigkeiten zwischen seinen Erben vorzubeugen, einer Vertrauensperson eine besondere Rechtsmacht eingeräumt, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß, wenn die Vertrauensperson keinen Gebrauch davon macht, diese Rechtsmacht auf das Gericht übergehen sollte. Vielmehr ist zu vermuten, daß der Erblasser dann die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Grundsätzen gewollt hat. Die Anrufung des Gerichts greift immer nur in den Fällen Platz, in denen es auf die Person des Dritten nicht so sehr ankommt [17]. — Für den Fall der Verzögerung wird man eine Analogie zu § 2151 III ziehen müssen: erst dann kann Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Grundsätzen verlangt werden, wenn eine auf Antrag eines Erben dem Dritten vom Gericht gesetzte Frist vergeblich verstrichen ist [18].

Wenn der Dritte die Unbilligkeit der Bestimmung oder die Verzögerung verschuldet hat und dadurch einem der Erben ein Schaden entstanden ist, wird angenommen werden müssen, daß der Dritte ähnlich wie ein Testamentsvollstrecker (§ 2219) auf Schadensersatz haftet [19].

§ 9.

Teilungsanordnungen über einen nicht zum Nachlaß gehörigen, einen belasteten oder mangelhaften Gegenstand.

I. 1. Es kann leicht vorkommen, daß der Erblasser Teilungsanordnungen über einen Gegenstand trifft, der nachher garnicht zum Nachlaß gehört. Der Erblasser kann sich schon im Zeitpunkt seiner Verfügung über sein Eigentum getäuscht haben; er kann das Eigentum auch später aus mancherlei Gründen verloren haben. Es fragt sich, wie es um die Wirksamkeit einer solchen Anordnung steht. Das Gesetz berücksichtigt diesen Fall nicht. Dagegen ist ein ähnlicher Fall im § 2169 geregelt: die Vermächtnisanordnung über einen nicht zum Nachlaß gehörigen Gegenstand.

---

17) So auch Pringsheim in JW. 1931 S. 2293.

18) Kipp § 86 IV 2; Wilke § 2048 A. 1.

19) Vgl. Leonhard § 2048 III; Kipp § 127 S. 454.

Wir werden aus der Entwicklung des Wesens der Teilungsanordnung heraus zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie § 2169 gelangen [1]).

Durch die Teilungsanordnung will der Erblasser sein im Augenblick des Erbfalls vorhandenes Vermögen unter seine Erben verteilen. Es läßt sich freilich auch denken, daß der Erblasser einem der Erben eine nicht zu seinem Vermögen gehörende Sache in Anrechnung auf den Erbteil zuweisen will, daß er also die Erbengemeinschaft erst zur Verschaffung dieses Gegenstandes verpflichten will. Dagegen kann man nicht, wie Berolzheimer [2]), sagen, diese Anordnung wäre sinnlos, denn der betreffende Erbe könnte sich selbst mit den Mitteln seines Erbteils den Gegenstand verschaffen. Es können Gründe vorliegen, die den Erben von einer solchen Verfügung abhalten würden; deshalb will der Erblasser im wohlverstandenen Interesse des Erben für die unmittelbare Zuwendung des Gegenstandes an ihn Sorge tragen. Allerdings ist ein solcher Wille des Erblassers nicht zu vermuten. Im Gegenteil, der Wille wird im Zweifel auf Zuwendung einer zum Nachlaß gehörigen Sache gerichtet sein. Es gilt also dieselbe Auslegungsregel wie für das Vermächtnis (§ 2169 III).

2. Im Zweifel will der Erblasser die Miterben verpflichten, die Sache „aus dem Nachlaß" zuzuweisen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist den Miterben von Anfang an, d. h. vom Augenblick des Erbfalls ab (denn erst mit diesem Zeitpunkt ist die Verpflichtung zur Entstehung gelangt) unmöglich. Wie nun ein von Anfang an auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag muß auch diese auf eine unmögliche Leistung gerichtete letztwillige Verfügung unwirksam sein [3]). D. h.: die Miterben sind von der Verpflichtung zur Zuteilung des nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes frei [4]). Wieweit dadurch andere letztwillige Verfügungen unwirksam werden, bemißt sich nach § 2085. Die Auseinandersetzung hat so zu erfolgen, als ob der Erblasser die Teilungsanordnung nicht getroffen hätte, also insoweit nach den gesetzlichen Regeln.

3. Möglich ist, daß die Erben nicht erfahren, daß die Sache nicht zum Nachlaß gehört (etwa weil sie im Besitz des Erblassers war),

---

[1]) Kohler S. 334 will die Grundsätze des Vermächtnisrechts analog anwenden.

[2]) Arch. f. d. Ziv.Pr. 117 S. 405 ff. Gegen Berolzheimer auch Kipp § 85 IV 1 A. 10.

[3]) Absolute Nichtigkeit wird man deshalb nicht annehmen können, weil sich die Frage der Wirksamkeit erst im Augenblick des Erbfalls entscheidet.

[4]) Vgl. Berolzheimer S. 409 ff.

und daß bei der Auseinandersetzung die Sache dem benannten Erben übertragen wird. Auf den Fall, daß bei dieser Uebertragung der Erbe gutgläubig Eigentum erwirbt, braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Es ist aber auch möglich, daß der Erbe kein Eigentum erlangt, und daß ihm die Sache später vom wahren Eigentümer evinziert wird. Es fragt sich, was für Ansprüche der Erbe nun hat. Eine Pflicht der Miterben zur Zuweisung dieser Sache hat — wie wir gesehen haben — nicht bestanden. Vielmehr hatte der Erbe Anspruch auf gesetzliche Teilung. Daß er auf diesen Anspruch dadurch verzichtet hat, daß er sich mit der Uebertragung der zugewiesenen Sache einverstanden erklärte, ist nicht anzunehmen. Denn er glaubte ja, zu deren Uebernahme verpflichtet zu sein. Der Erbe hat vielmehr seinen Anspruch auf Zuteilung der ihm nach den gesetzlichen Regeln gebührenden Gegenstände behalten und kann ihn nunmehr gegen die übrigen Erben geltend machen [5]). — Verzugsschaden wird er grundsätzlich nicht verlangen können [6]).

Gleiches, wie für die Teilungsanordnung über eine nicht zum Nachlaß gehörige Sache gilt für den Fall, daß der Erblasser verpflichtet war, die betreffende Sache zu veräußern. Denn da zuerst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind (§ 2046), befindet sich die Sache im Zeitpunkt der Auseinandersetzung nicht mehr im Nachlaß. — Dagegen wird der umgekehrte Fall, daß die Sache sich zur Zeit des Erbfalls nicht im Vermögen des Erblassers befindet, der Erblasser aber einen Anspruch auf Uebereignung hatte, analog § 2169 III so zu behandeln sein, als ob dem Erben der Anspruch zugewiesen wäre [7]).

II. Der Gegenstand der Teilungsanordnung kann sich zwar im Nachlaß befinden, aber mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet sein. Für das gemeine und preußische Recht haben wir gesehen, daß die übrigen Miterben dann grundsätzlich Gewähr zu leisten hatten [8]). Auch das BGB. steht auf diesem Standpunkt; denn § 2042 i. Verb. m. § 757 bezieht sich nicht nur auf die kraft Auseinandersetzungsvertrages, sondern auch auf die kraft Gesetzes und kraft Anordnung

---

5) Strohal II S. 123/4 will dem Erben immer nur einen Schadensersatzanspruch auf Grund der §§ 2042, 757, 440, 325 geben. Aber auf Leistung der fremden Sache hatte der Erbe nie einen Anspruch, und die Erfüllung des Anspruchs auf gesetzliche Teilung braucht doch noch nicht unmöglich zu sein!

6) Denn auch wenn ein Verschulden der Miterben vorliegt, wird ihn selbst ein konkurrierendes Verschulden treffen.

7) Berolzheimer S. 411.

8) Vgl. S. 16 und S. 19.

des Erblassers erfolgenden Zuteilungen [9]). Die Miterben haben also dem bedachten Erben wie Verkäufer Gewähr zu leisten. Natürlich kann der Erblasser die Eviktionshaftung ausschließen, und das wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn in der Festsetzung des Uebernahmepreises der vorhandene Mangel schon berücksichtigt ist.

Nach § 439 Abs. 1, 460 haftet ein Verkäufer grundsätzlich nur dann, wenn der Käufer den Mangel bei Abschluß des Vertrages nicht kennt; der Kenntnis des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird man nur die Kenntnis des Erben im Zeitpunkt der dinglichen Auseinandersetzung gleichstellen können; denn auf dessen Kenntnis zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung oder zur Zeit des Erbfalls kann es doch nicht ankommen. Nimmt dagegen der Erbe bei der Auseinandersetzung die mangelhafte Sache trotz Kenntnis des Mangels vorbehaltlos an, müssen die Miterben von ihrer Gewährleistungspflicht befreit sein. Kannte der Erbe den Mangel nicht, kann er von den Miterben nach §§ 2042, 757, 439, 440, 325 bzw. 459, 463 Schadensersatz bzw. Minderung des Anrechnungspreises verlangen [10]).

§ 10.

Die Form der Teilungsanordnung.

I. 1. a) Auf die komplizierte Entwicklung der Form der divisio bonorum im römischen Recht soll hier nicht eingegangen werden. Es genügt, diejenigen Ergebnisse des römischen Rechts festzuhalten, die vom gemeinen Recht übernommen worden sind. Dabei muß zwischen der divisio parentum inter liberos und der Teilungsanordnung anderer Erblasser unterschieden werden.

Für die gewöhnliche divisio bonorum gelten keine besonderen Formvorschriften. Als Verfügung von Todes wegen, die nicht Erbeinsetzung ist, bedarf die divisio bonorum demnach der Kodizillarform [1]). Die Errichtung eines Kodizills erfordert die Zuziehung von 5 Zeugen. Daran hat § 2 der Maximilianischen Notariatsordnung von 1512 [2]) nichts geändert [3]).

---

[9]) So auch Strohal II S. 123/4.

[10]) Ueber das Recht zum Rücktritt bezw. zur Wandlung vgl. Kreß, S. 227.

[1]) Vgl. Rabel S. 525.

[2]) „und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß ... in Kodizillen .... aufs mindest fünf Zeugen ... nötig sind“

[3]) Vgl. Fein, 44. Bd. § 1512 a. S. 416.

Eine abweichende Ansicht vertritt Buchholtz [4]). Buchholtz hält die divisio bonorum (außer der divisio parentum) formlos für zulässig. Das würde aber eine seltsame Unlogik des Gesetzgebers bedeuten. Denn während sonst den Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern besondere Formerleichterung gewährt wird, (testamentum parentum inter liberos), würde die Teilungsanordnung der Eltern besonders erschwert sein [5]). Im übrigen ist nicht einzusehen, warum die Mißstände, die Justinian zur Aufhebung der Formlosigkeit bei der divisio parentum veranlaßten [6]), dann nicht auch bei der gewöhnlichen divisio vorgelegen haben sollten. Die Ansicht von Buchholtz ist deshalb abzulehnen.

b) Die Form der divisio parentum inter liberos wird in der schon benannten nov. 18 Kap. 7 geregelt. Danach ist ein schriftlicher Aufsatz erforderlich, der die zu verteilenden Sachen aufzählt und entweder vom Erblasser oder von den in der divisio benannten Kindern zu unterschreiben ist [7]). Eine Erweiterung dieser Form hat erst die Maximalianische Notariatsordnung geschaffen: „In Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, ... da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen" (§ 2). Ueber die Auslegung dieses Satzes wurde viel gestritten. Eine gute Uebersicht über die verschiedenen Ansichten gibt Mühlenbruch [8]). Mit Recht entscheidet sich Mühlenbruch dahin, daß durch diese Verordnung die schriftliche Form des testamentum parentum unverändert geblieben, dagegen eine neue mündliche Testamentsform der Eltern unter Zuziehung von nur zwei Zeugen eingeführt worden ist [9]). Kann aber ein Testament mündlich unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden, so muß diese Form erst recht für die bloße divisio der Eltern gelten, denn die divisio parentum wird nicht eine schwerere Form erfordern als das testamentum parentum [10]).

Endlich muß noch auf das wegen Formmangels ungültige Testament eingegangen werden, das materiell auch Teilungsvorschrif-

---

4) S. 238 A. 39.
5) Vgl. hierzu und zum folgenden Mühlenbruch 42. Bd. S. 165.
6) Vgl. nov. 18 Kap. 7.
7)) Licet tamen descriptiones facere rerum quas partire voluerit et subscribere omnibus aut ipse aut filios universos subscribere praeparare, inter quos res dividet.
8) Bd. 42 S. 220 ff.
9) S. 224.
10) Ebenso Stedler S. 22, Euler § 86; a. A. Ob.G. Wolfenbüttel in Seuff. A. 24 S. 201.

ten enthält. Ein solches Testament war an sich seinem ganzen Inhalt nach nichtig, wenn es nicht die Kodizillarklausel enthielt und auf diesem Wege konvertiert werden konnte. Nach c. 26 C. 3. 36 ist solch Testament, wenn es von Aszendenten stammt, und nur Deszendenten zu Erben einsetzt, auch ohne Kodizillarklausel insoweit als gültig zu behandeln, als es Teilungsvorschriften enthält. Allerdings muß seit der nov. 18 vorausgesetzt werden, daß die dort für die divisio parentum vorgeschriebene Form erfüllt ist[11]. Dann wird also die Kodizillarklausel unterstellt, und der Inhalt der Verfügung bleibt, soweit er als Verteilung des Nachlasses aufgefaßt werden kann, wirksam[12].

2. Auch für das ALR. muß noch zwischen der divisio parenum und der divisio anderer Erblasser unterschieden werden. Ueber die Form der gewöhnlichen divisio besagt § 171 I 12, daß Teilungsvorschriften in bloß außergerichtlichen Aufsätzen nur alsdann gültig sind, wenn sie sich der Erblasser in seinem Testament vorbehalten hat. — Für die Form der divisio parentum enthalten die §§ 380 a ff. II 2 eingehende Regeln (vgl. die Einzelheiten im Gesetz).

3. Das BGB. kennt keinen Unterschied mehr zwischen Teilungsanordnungen der Eltern unter ihren Kindern und anderen Teilungsanordnungen. In allen Fällen ist die Form des Testaments erforderlich. Ist die Teilungsanordnung wegen Nichtbeachtung dieser Form nichtig, so kann sie immer noch dadurch wirksam werden, daß die Miterben untereinander einen Anerkenntnisvertrag gemäß § 781 BGB. schließen, durch den sie die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die die Teilungsanordnung erzeugen sollte, alle anerkennen[13].

II. 1. a) Es ist bisher ununtersucht geblieben, ob Teilungsanordnungen nicht nur in letztwilligen Verfügungen, sondern auch in Erbverträgen getroffen werden können. Die Geltung des Erbvertrages (pactum successorium) im gemeinen Recht ist stark umstritten. Im römischen Recht gab es keine Erbverträge. Verträge über den Nachlaß eines noch Lebenden verstießen nach römischer Auffassung gegen die guten Sitten. Wenn dennoch für das deutsche Recht nach der Rezeption die Gültigkeit der Erbverträge behauptet wurde, so beruhte das auf verschiedenen Gründen[14]. Einmal knüpfte man an alte deutschrechtliche Institute an, so vor allem an die Vergabung

---

11) Vgl. RG. 35 S. 132 ff.

12) Vgl. auch Fein, 45. Bd. § 1514 a. S. 227 ff.

13) RG. in JW. 1911 S. 804; Weißler II S. 27; Soergel § 2048 A. 3.

14) Eingehende Schilderung bei v. Beseler II 1 S. 148.

von Todes wegen. Dann kannte auch das kanonische Recht Erbverträge, zwar keine affirmativen (Erbeinsetzungsverträge), aber doch negative (Erbverzichtsverträge). In der Praxis des Reichskammergerichts wurde das Institut sehr bald anerkannt, und auch die Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller ließ es gelten [15]). Auf der Grundlage dieser „communis opinio" erschien der Erbvertrag bald in vielen Partikularrechten. In den übrigen Teilen Deutschlands beruhte seine Geltung auf Gewohnheitsrecht [16]).

b) Eine divisio bonorum kann — wie oben (S. 5) bemerkt worden ist — auf der Intestaterbfolge oder auf einer testamentarischen Erbfolge beruhen. Demgemäß müssen wir zwischen solchen Erbverträgen, die eine Erbeinsetzung enthalten (Erbeinsetzungsverträge), und anderen Erbverträgen unterscheiden. Der Erbeinsetzungsvertrag braucht nicht nur die Erbfolge festzulegen; er kann auch „das Verhältnis der Kontrahenten in Beziehung auf die Beerbung näher bestimmen." [17]). Eine Teilungsanordnung ist, wie immer man sie konstruiert, eine solche nähere Bestimmung. Wenn also zusammen mit der Erbeinsetzung Teilungsanordnungen getroffen werden, so sind auch diese unwiderruflich [18]). Jeder Erblasser kann mit seinen zukünftigen Erben auf diese Weise kontrahieren. Der Vater aber, der solchen Vertrag mit seinen unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern schließen will, muß diese zu dem Zweck aus der väterlichen Gewalt entlassen [19]).

c) Außer denjenigen Erbverträgen, die eine Erbeinsetzung enthalten, gibt es noch bloße Vermächtnisverträge. Allerdings ist deren Zulässigkeit besonders stark bestritten; insbesondere von Beseler [20]) hat sie bekämpft. In der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts hat sich aber die Anerkennung des Vermächtnisvertrages durchgesetzt [21]). Wenn nun ein Erblasser durch Erbvertrag unwiderrufliche Vermächtnisse zuwenden kann, dann muß er auch unwiderrufliche Teilungsanordnungen treffen können, denn wir haben gesehen, daß die Teilungsanordnung im gemeinen Recht als Vorvermächtnis kon-

---

[15]) Vgl. die Uebersicht bei Beseler a. a. O.
[16]) So auch Eichhorn § 341; v. Buchka S. 482; etwas abweichend Stobbe § 310 III.
[17]) v. Beseler S. 215.
[18]) Zustimmend Mühlenbruch 42. Bd. S. 234, 244. Wohl auch Thibaut § 648 S. 368; Euler § 86.
[19]) Mühlenbruch S. 244.
[20]) S. 213.
[21]) Vgl. RG. 21 S. 190; Stobbe § 312 I, II; Dernburg Pr. Pr. R. § 179.

struiert wurde. Durch Vermächtnisvertrag mit allen durch Gesetz oder früheres Testament berufenen Erben kann also der Erblasser unwiderrufliche Teilungsanordnungen treffen.

2. Das ALR. hat in den §§ 617 ff. I. 12 Bestimmungen über den Erbvertrag getroffen. Die Zulässigkeit der Erbverträge und zwar nicht nur der Erbeinsetzungsverträge, sondern auch der Vermächtnisverträge folgt aus § 617 [22]). Die Form des Erbvertrages wird durch die §§ 621ff. geregelt. Danach ist immer die Mitwirkung der Gerichte erforderlich.

Inhalt des Erbvertrages kann alles sein, was in einem Testament angeordnet werden kann [23]). Dernburg [24]) allerdings erwähnt die divisio bonorum bei der Aufzählung des möglichen Inhalts nicht. Koch bemerkt aber ausdrücklich zum § 123 I 17 [25]), daß solche Anordnung auch durch Erbvertrag getroffen werden kann. Sie ist dann unwiderruflich.

3. Nach § 2278 Abs. 2 BGB. können im Erbvertrag andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig nicht getroffen werden". Einseitig kann dagegen nach § 2299 jede Verfügung getroffen werden, die ein Testament enthalten kann. Vertragsmäßige Verfügungen sind unwiderruflich, einseitige werden wie testamentarische behandelt. Daß im Erbvertrag Teilungsanordnungen als einseitige Verfügungen getroffen werden können, ist unzweifelhaft. Es fragt sich, ob sie auch vertragsmäßig möglich sind, und zwar soll diese Frage zuerst für die normale (dispositive verpflichtende) Teilungsanordnung, später auch für die zwingende und die berechtigende Teilungsanordnung beantwortet werden.

a) Der Erbvertrag hat Aufnahme in das BGB. gefunden weniger aus einem zwingenden Bedürfnis der Praxis heraus als aus historischen Gründen. Deshalb ließ man auch den Vermächtnisvertrag zu, denn „zwingende Gründe für die Ausschließung dieses Vertrages ergeben sich nicht" [26]). Abgelehnt wurde dagegen die Zulässigkeit der vertraglichen Ernennung eines Testamentsvollstreckers, denn in einer solchen persönlichen Vertrauenssache sollte der Erblasser nicht gebunden werden. Auch familienrechtliche Anordnungen sollten aus diesen Gründen vertraglich nicht getroffen werden

---

22) Dernburg Pr. Pr. R. § 179.

23) Koch § 620.

24) Pr. Pr. R. § 179.

25) Anm. 16.

26) Mot. V S. 312.

können. Die Teilungsanordnung wird in den Motiven nicht erwähnt.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nur von Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen. Wenn man wie Wertheim die Teilungsanordnung als wechselseitiges Vorausvermächtnis auffaßt, dann muß man sie auch als vertragsmäßige Verfügung zulassen [27]). Die herrschende Lehre [28]) will nur die Teilungsanordnungen mit zu niedrigem oder zu hohem Uebernahmepreis (die sie als Vermächtnisse ansieht) sowie solche Teilungsanordnungen, die „eine mittelbare Bestimmung der Erbteile enthalten", vertragsmäßig zulassen. Sie versteht aber unter den „eine mittelbare Bestimmung der Erbteile enthaltenden Teilungsanordnungen" nur den Fall, daß der Erblasser keine Quoten bei der Erbeinsetzung angegeben hat, sondern bloß jedem seiner Erben einzelne Nachlaßgegenstände zugewendet hat, aus deren Wert dann die Erbquoten errechnet werden müssen. Das ist zu eng. Jede zusammen mit einer Erbeinsetzung getroffene Teilungsanordnung gleich welchen Inhalts enthält eine mittelbare Bestimmung der Erbteile [29]); denn sie bewirkt eine Veränderung der Erbteile zwar nicht ihrer Quote, aber ihrer Substanz nach. Die Teilungsanordnung ist also eine substantielle Bestimmung des Erbteils, und deshalb muß sie zusammen mit der Erbeinsetzung auch vertraglich getroffen werden können. Sonst erhielten wir das vom logischen Gesichtspunkt aus merkwürdige Ergebnis, daß der Erblasser zwar Teilungsanordnungen, aus denen die Erben erst die Quoten errechnen müssen, vertragsmäßig treffen kann; daß aber, wenn der Erblasser selbst die Quoten ausrechnet und neben der Quotenanweisung die Teilungsanordnung gibt, diese vertragsmäßig unzulässig ist. — Die Ergebnisse der historischen Untersuchung bekräftigen die hier vertretene Meinung.

Es gibt dafür u. E. noch ein wesentliches Argument: nach § 2289 I 2 ist eine n a c h dem Erbvertrag getroffene Verfügung von Todes wegen unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Beeinträchtigung der Erbeinsetzung ist alles, was das rechtliche oder wirtschaftliche Ergebnis der vertragsmäßigen Verfügung beeinträchtigen würde [30]). Als eine solche Beeinträchtigung muß auch die Teilungsanordnung angesehen

---

[27]) Wertheim S. 59.

[28]) Planck-Flad § 2278 A. 2 c; Leonhard § 2048 I; Strohal I § 44 I A.1.

[29]) So auch Kretzschmar § 51 I 4 Abs. 2; Ritter S. 18; unklar aber wohl ebenso Dernburg BGB. V § 96 II.

[30]) Planck-Strohal § 2289 A. 2 a.

werden[31]). Hat z. B. der Erblasser seinen Kontrahenten zur Hälfte als Erben eingesetzt und später die andere Hälfte testamentarisch seinem Kinde zugewandt, gleichzeitig mit der Anordnung, daß das Kind ein bestimmtes Grundstück übernehmen solle, so beeinträchtigt diese Anordnung das Recht des Vertragserben auf eine gesetzmäßige Auseinandersetzung. Die Anordnung würde deshalb nach § 2289 unwirksam sein. — Sollte im umgekehrten Fall, wenn der Erblasser das Grundstück im Erbvertrag dem Kontrahenten auf seinen Erbteil zugewiesen hätte, diese Teilungsanordnung wirksam widerrufen werden können? Würde nicht vielmehr ein solcher Widerruf eine gerade so starke Beeinträchtigung des vertraglich eingeräumten Erbrechts (zu dessen Inhalt auch der in eine bestimmte Richtung gelenkte Auseinandersetzungsanspruch gehört) enthalten wie die spätere Zuweisung des Grundstücks an das Kind im ersten Beispiel[32])? U. E. müßte der Widerruf der Teilungsanordnung nach § 2289 unwirksam sein. Die Unmöglichkeit des Widerrufs würde aber den vertragsmäßigen Charakter der Anordnung beweisen. Dieses Ergebnis zeigt, daß Erbeinsetzung und Teilungsanordnung nicht zu trennen sind, daß mit der Bindung des Erblassers an die Erbeinsetzung auch die Teilungsanordnung unwiderruflich wird. Unabhängig von der Erbeinsetzung kann allerdings die Teilungsanordnung nur einseitig getroffen werden.

Läßt man die normale Teilungsanordnung als vertragliche Verfügung im Erbvertrag zu, muß man sie auch als korrespektive Verfügung nach § 2270 im gemeinschaftlichen Testament zulassen[33]).

b) Auch die zwingende Teilungsanordnung kann vertraglich angeordnet werden; dies ergibt sich ohne weiteres aus ihrer Auflagenatur.

c) Anders die berechtigende Teilungsanordnung. Diese ist — wie wir im § 6 gesehen haben — weder ein Vermächtnis noch eine Auflage. Sie ist aber auch nicht wie die normale Teilungsanordnung untrennbar mit der Erbteilbestimmung verbunden. Die berechtigende Teilungsanordnung ist die Zuwendung eines Rechts außer dem Erbteil, nicht eine Beinhaltung des Erbrechts. Die unter II 3 a angeführten Gründe treffen daher für die berechtigende Teilungs-

[31]) Kretzschmar in JW. 1914 S. 957. — Eine Ausnahme bildet die den Vertragserben berechtigende Teilungsanordnung.

[32]) Es braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß der Fortfall einer Teilungsanordnung den Wert des Erbteils wesentlich beeinflussen kann.

[33]) Dagegen Kuetgens S. 7.

anordnung nicht zu. Ergebnis: die berechtigende Teilungsanordnung kann im Erbvertrag nicht einseitig, nicht vertraglich getroffen werden.

§ 11.

Teilungsanordnung und Pflichtteilsrecht.

I. Die Zusammenhänge zwischen Teilungsanordnung und Pflichtteilsrecht werden im § 2306 aufgezeigt. Es handelt sich um den Fall, daß ein als Erbe berufener „Pflichtteilsberechtigter durch eine Teilungsanordnung beschränkt" ist. Schon der Wortlaut des Gesetzes mutet merkwürdig an: „Beschränkt" kann doch nur bedeuten: „in der Rechtsmacht beschränkt". Die Rechtsmacht kann stets nur durch dinglichen Akt beschränkt werden. Eine Teilungsanordnung wirkt aber, wie wir im § 3 S. 12 gesehen haben, immer nur obligatorisch. Richtiger hätte der Gesetzgeber daher gesagt: „mit einer Teilungsanordnung beschwert" [1]). Das muß beachtet werden, wenn im Lauf der weiteren Untersuchung — der Sprache des Gesetzgebers gemäß — von der „beschränkenden Teilungsanordnung" die Rede ist.

II. Der Wortlaut des § 2306: „ist ein... Pflichtteilsberechtigter... durch eine Teilungsanordnung beschränkt,.." kann bedeuten: „liegt eine solche Teilungsanordnung vor, die den Pflichtteilsberechtigten beschränkt...". Er kann aber auch den Sinn haben: „Liegt eine Teilungsanordnung vor (was eine Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bedeutet)...". M. a, W, lautet die zu beantwortende Frage: sind alle Teilungsanordnungen beschränkend oder nur eine bestimmte Art von Teilungsanordnungen?

1. Schon im gemeinen Recht wurde diese Frage behandelt. Glück [2]) meinte, es dürfe „der Pflichtteil nicht bloß auf gewisse Sachen, geschähe es auch erbeinsetzungsweise, beschränkt werden"; denn „dem Noterben gebühre an den sämtlichen Gütern des Erblassers ein dem Pflichtteil gemäßer Anteil". Diese Ansicht hat sich nicht durchsetzen können. Sie ist von Mühlenbruch [3]) und Arndts [4]) heftig bekämpft worden. Herrschende Lehre war vielmehr, daß nur diejenigen Teilungsanordnungen des Erblassers eine Beschränkung des Pflichtteils enthielten, die eine Beeinträchtigung des Quantums des Pflichtteils bewirkten [5]).

[1]) So Martin Wolff S. 266 A. 13. Jetzt auch Kipp § 132 I 2.
[2]) 7. Bd. S. 117 ff .
[3]) 35. Bd. S. 328—330.
[4]) II S. 613, 615.
[5]) Vgl. Gmelin und Elsässer, Stryk, Westphal, zit. bei Glück S. 117.

Im preußischen Recht war die Frage zwischen Dernburg[6]) und Eccius[7]) bestritten. Beide stimmen darin überein, daß eine Anordnung, die dem pflichtteilsberechtigten Erben gewisse Sachen oder Summen zum wertentsprechenden Anrechnungspreis zuwies, keine Einschränkung der Erbeinsetzung i. S. des § 398 II 2 bedeutete. Ebensowenig sah Dernburg solche Beschränkung in den letztwilligen Vorschriften über den bei der Auseinandersetzung einzuschlagenden Weg, denn: „sie wirken zwar auf die Rechte des Pflichtteilsberechtigten ein, ohne sie aber materiell zu verkürzen." Eccius rechtfertigte seine entgegengesetzte Ansicht mit der Begründung, auch in solchen Vorschriften könnte eine materielle Verkürzung des Pflichtteils liegen. Beide stimmen also im Endergebnis darin überein, daß nur solche Teilungsanordnungen, die eine wirtschaftliche Belastung enthalten, als Beschränkung der Erbeinsetzung aufgefaßt werden können.

2. Diese Abgrenzung wird von manchen auch für das geltende Recht vertreten[8]). Sie führen an, als „Beschränkung" könne immer nur etwas Benachteiligendes bezeichnet werden, nicht aber etwas, was den Pflichtteilsberechtigten nicht berührt oder gar begünstigt[9]). — U. E. kann es nicht auf die wirtschaftliche Benachteiligung (die generell garnicht zu bestimmen ist), sondern nur auf die rechtliche Benachteiligung ankommen. Rechtlich stellt sich aber jede normale Teilungsanordnung[10]) als Beschwerung des Erben dar, denn sie gibt ihm nicht nur Rechte, sondern belastet ihn auch mit der Pflicht, in eine der Anordnung entsprechende Auseinandersetzung zu willigen[11]). Für diese Auffassung spricht weiter das sprachlich-logische Argument, daß nach anerkannter Meinung auch jede Einsetzung eines Nacherben, jede Ernennung eines Testamentsvollstreckers, jedes Vermächtnis und jede Auflage eine Beschränkung bezw. Beschwerung des Pflichtteilsberechtigten i. S. von § 2306 darstellen[12]). Wollte man die wirtschaftliche Be-

---

6) Pr. Pr. R. § 206 1 S. 603.

7) Förster-Eccius § 248 IV.

8) Vgl. Endemann II § 127, 4 a; Crome § 701 A. 15; Leonhard § 2306 II A 2; Stedler S. 60.

9) Leonhard a. a. O.

10) d. h. jede Teilungsanordnung der im § 5 behandelten Art. — Anders diejenige Teilungsanordnung, die dem Pflichtteilsberechtigten **nur** Rechte für die Auseinandersetzung einräumt (vgl. § 6). — Die einem der andern Miterben ein Uebernahme**recht** gewährenden Teilungsanordnungen sind immer Beschwerungen des Pflichtteilsberechtigten, da sie diesen verpflichten. Ebenso die zwingenden Teilungsanordnungen (§ 7), da sie Auflagenatur haben.

11) Berolzheimer LZ. 1919 S. 358 ff.; Planck-Flad § 2306 A. 2 a; Kretzschmar § 87 III 1 a.

12) Vgl. Berolzheimer S. 358.

nachteiligung entscheiden lassen, so könnte man auch nicht alle Vermächtnisse als Beschwerungen auffassen, da ein Vermächtnis keine Vermögensminderung des Beschwerten zu bewirken braucht [13]).

III. 1. Für den Fall, daß „der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt", verordnet das Gesetz, daß die Beschränkung durch die Teilungsanordnung „als nicht angeordnet gilt". Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil auf jeden Fall gesichert sei. Es gibt nun Fälle, in denen nach dem Wortlaut des § 2306 der Pflichtteilsberechtigte weit mehr als den Pflichtteil bekommen und doch von allen Beschränkungen und Beschwerungen frei würde. Diese Fälle erklären sich daraus, daß § 2306 auf die Erbquote, der Begriff des Pflichtteils aber auf einen Wert (§ 2303 Abs. 1 Satz 2) abgestimmt ist. Der Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist immer dann höher als der Pflichtteil, wenn dessen Wert durch Anrechnungs- oder Ausgleichungspflichten vermindert wird (§ 2315, 2316). Für diese Fälle hat das Reichsgericht [14]) erklärt, daß die Beschränkungen und Beschwerungen nur dann wegfallen, wenn der hinterlassene Erbteil den verminderten Pflichtteil nicht übersteigt. — Die Wertunterschiede können sich aber, wie Pringsheim [15]) andeutet, nicht nur bei Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten ergeben, sondern auch dann, wenn eine den Pflichtteilserben berechtigende Teilungsanordnung mit zu niedrigem Uebernahmepreis vorliegt. Diese Anordnung ist — wie oben (S. 48 A. 10) festgestellt wurde — keine Beschwerung und deshalb wirksam. Infolgedessen kann sich der Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils bedeutend höher belaufen als der Pflichtteil. Um den Pflichtteilsberechtigten nicht zu günstig zu stellen, muß man auch in diesem Fall den Wegfall der Beschränkungen und Beschwerungen davon abhängig machen, ob der hinterlassene Erbteil den P f l i c h t t e i l übersteigt oder nicht [16]).

„Die Beschränkung oder die Beschwerung gilt als nicht angeordnet" (§ 2306 I Satz 1): um den Sinn dieser Bestimmung zu ergründen, soll ein kurzer Blick auf das frühere Recht geworfen werden.

Nach gemeinem Recht wurden in jedem Fall die dem Pflichtteil beigefügten Beschränkungen wie Bedingungen, Auflagen usw. als nicht geschrieben angesehen. Dernburg und Schiffner bezeichnen sie

[13]) Wertheim S. 63.

[14]) RG. 93 S. 3 ff.

[15]) JW. 1925 S. 360 zu 12.

[16]) Pringsheim a. a. O. will diese Konsequenz nicht ziehen.

als nichtig[17]). Windscheid[18]) scheint dem Pflichtteilsberechtigten nur einen Anspruch auf Streichung der Beeinträchtigungen zu geben. Koeppen[19]) entscheidet dahin, daß „die Ungültigkeit natürlich ausgeschlossen ist, wenn der Miterbe die Belastung freiwillig übernimmt.“

Für das preußische Recht verordnen §§ 432, 433 II 2 ALR., daß die Beschränkung nicht von selbst wegfällt, sondern durch Urteil für aufgehoben erklärt werden muß.

Im geltenden Recht stehen wir vor der Frage, ob nach § 2306 Satz 1 alle Teilungsanordnungen, auch die dem pflichtteilsberechtigten Erben günstigen, ipso iure wegfallen, oder ob dies vom Willen des Erben abhängt; m. a. W. ob das Verfügungsrecht des Erblassers dahin beschränkt ist, daß er solche Anordnungen nicht treffen kann[20]), oder ob Raum für eine Entscheidung des Pflichtteilserben ist. — Schon bei der Beratung des Entwurfs wurde diese Frage aufgeworfen[21]). Es wurde angeführt, daß der Pflichtteilsberechtigte möglicherweise mit den angeordneten Beschränkungen einverstanden sein könnte; man solle daher die Beschränkungen nur auf seine Erklärung hin aufheben. Ein entsprechender Antrag wurde aber abgelehnt; man wollte nicht, daß der Pflichtteilsberechtigte noch eine besondere Erklärung abgeben mußte, um von der Beschränkung befreit zu werden; eine solche Erklärung würde erfahrungsgemäß nur von rechtskundigen Leuten abgegeben werden. — Daraus geht der Wille des Gesetzgebers hervor, die Aufhebung der Beschränkung nicht von einem besonderen Willensakt abhängig zu machen. Nicht aber folgt daraus, daß der Pflichtteilsberechtigte die Aufhebung durch besonderen Willensakt nicht hindern könnte. Dem stehen die erwähnten Bedenken nicht im Wege. Freilich schweigt das Gesetz. Dennoch hat Wolff[22]) die Ansicht vertreten, daß die Miterben dem Willen des Pflichtteilsberechtigten, wenn er auf der Befolgung der Anordnungen des Erblassers besteht, folgen müßten. Diese Ansicht soll hier nur in Bezug auf die Teilungsanordnung, nicht in Bezug auf die sonstigen Beschränkungen, untersucht werden. Gerade nach Anerkennung der Lehre, daß alle Teilungsanordnungen Beschränkungen (Beschwerungen) seien, hilft sie uns, ein praktisch annehmbares Ergebnis zu erreichen. Denn was hat es für einen

---

[17]) Vgl. Dernburg, Pand. § 155, 2; Schiffner S. 35/6.
[18]) Windscheid-Kipp § 582 S. 382.
[19]) S. 639.
[20]) So Planck-Flad § 2306 A. 3.
[21]) Vgl. Prot. VI S. 354.
[22]) Gruch. 67. S. 262 .

Sinn, eine Teilungsanordnung mit zu niedrigem Uebernahmepreis für den Pflichtteilsberechtigten als nicht existent anzusehen, und dadurch ihm, dessen Schutz § 2306 gilt, weit mehr zu schaden als zu nützen? Nicht immer kann man mit der Auslegung einer solchen Anordnung als nur berechtigender Teilungsanordnung helfen. — Es muß aber garnicht eine wertvermehrende Teilungsanordnung sein; auch an der Einhaltung anderer Teilungsanordnungen kann der Erbe interessiert sein. Schließlich ist es auch möglich, daß er die Erfüllung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers aus reiner Pietät wünscht. Hier muß ihm das Recht ein Mittel geben, diesen Willen zu verwirklichen. Entscheidend ist, daß nur so der Zweck des Paragraphen, den Pflichtteilsberechtigten zu schützen, erfüllt werden kann. Das Mittel zum Zweck ist klar: es muß kraft Gesetzes die verpflichtende Teilungsanordnung in eine den Pflichtteilserben berechtigende Teilungsanordnung konvertiert werden[23]).

2. Ist der hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und durch Teilungsanordnungen beschwert, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen (§ 2306 Satz 2). Es treten hier kraft gesetzlicher Bestimmung die Folgen ein, die das gemeine Recht nur an das Vorhandensein der sogenannten socinischen Klausel knüpfte, einer Bestimmung des Erblassers, daß, wenn der Erbe den Erbteil so wie er ihm hinterlassen war, nicht annehmen wollte, er auf den Pflichtteil gesetzt sein sollte[24]).

3. Bestritten ist, welche Wirkung heute die socinische Klausel noch hat. Für den Fall des § 2306 Satz 2 hat sie keinen weiteren Sinn, da auch ohne sie dieselben rechtlichen Folgen eintreten. Es fragt sich, ob der Erblasser auch im Fall des § 2306 Satz 1 durch Hinzufügung der socinischen Klausel bewirken kann, daß — wenn der Erbe den hinterlassenen Erbteil nicht fristgerecht ausschlägt — die angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen bestehen bleiben. Das Reichsgericht hat dies für zulässig erklärt[25]). Auch die Literatur nimmt überwiegend die Zulässigkeit dieser Bestimmung an[26]).

---

23) Das will im Grund wohl auch Kipp § 132 A. 4 letzter Satz sagen.

24) Vgl. Planck § 2306 A. 1. — So auch schon das preußische Recht vgl. Striethorst A. 78 S. 76.

25) Vgl. Warn. Rspr. 1913 Nr. 250.

26) Vgl. Planck § 2306 A.3 e; Oertmann S. 365; Leonhard § 2306 III E; dagegen Endemann § 159 A. 25.

Lebenslauf.

Am 5. Juni 1910 wurde ich in Berlin als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Ernst Tauber geboren. Ich besuchte von Ostern 1916 bis Oktober 1920 das Staatl. Wilhelmsgymnasium zu Berlin, von diesem Zeitpunkt bis zur Reifeprüfung Ostern 1928 das Staatl. Französische Gymnasium, ebenda. Ich studierte im Sommer 1928 und im Sommer 1929 Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg; in dem dazwischenliegenden sowie in den späteren Semestern oblag ich dem juristischen Studium an der Universität Berlin. Am 7. Dezember 1931 bestand ich in Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit „gut“ und wurde am 25. Dezember 1931 zum Referendar ernannt.